

شرح

بداية المبتدي

للامام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٩٣هـ

مع

شرح العلامة عبد الحي اللكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٣هـ



اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخريج أحاديثه من نصب الراية والدراية

نعيم اشرف نور احمد

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٣٧-ڈی، گارڈن ایسٹ، کراتشی ٥، باکستان

الطبعة الأولى: .... ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: .... بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: .... فهيم أشرف نور

من منشورات
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية
D/ ٤٣٧ گارذن ايسٹ كراتشي ٥ - باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:
المكتبة الإمدادية .... باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان .... السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد .... الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات .... انار كلي لاهور - باكستان

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

كتاب(١) النكاح(٢)

قال: النكاح ينعقد(٣) بالإيجاب والقبول(٤) بلفظين(٥) يعبر بهما عن الماضي؛ لأن الصيغة(٦) وإن(٧) كانت للإخبار(٨) وضعا، فقد جعلت(٩) للإنشاء(١٠) شرعًا(١١)؛ دفعًا للحاجة(١٢)، وينعقد بلفظين(١٣) يعبر بأحدهما

(١) قوله: "كتاب النكاح" أخره عما تقدم؛ لأنه بالنسبة إليه كالبسيط من المركب، فإنه معاملة من وجه وعبادة من وجه، أما معنى العبادة فيه، فلأن الاشتغال به أفضل من التخلي عنه لمحض العبادة، ولما فيه من حفظ النفس عن الوقوع في الزنا، وأما معنى المعاملة، فلما فيه من المال الذي هو عوض البضع، والإيجاب، والقبول، والشهادة، ودخوله تحت القضاء. (مج)

(٢) قوله: "النكاح" وهو في أصل اللغة الضم، ثم نقل إلى الوطئ؛ لاشتماله عليه، وإلى العقد المقتضى لحل الاستمتاع؛ لأنه سبب الضم. (عبد)

(٣) قوله: "ينعقد" المراد منه المعنى اللغوي يعني بهم بستن، وحاصله أنه يتحقق. (عبد)

(٤) قوله: "بالإيجاب والقبول" الإيجاب في الشرع اللفظ الصادر من أحد المتعاقدين أولا، وإنما سمى به؛ لأنه يوجب الجواب على المخاطب إما بنعم، أو بلا إيجابا عرفيا.
والشارع جعل اللفظين الصادرين من المتعاقدين بمنزلة المادة، وجعل الارتباط المعتبر عند الشارع بمنزلة الصورة، وجعل المجموع في حكم الجواهر الباقية كالسرير مثلا،حتى يصلح لأن يزال صورته كإبطال صورة السرير. (عبد)

(٥) قوله: "بلفظين [مثل نكحتك وزوجتك، فيقول: قبلت أو فعلت أو رضيت. فتح القدير]" إما بدل من قوله: بالإيجاب والقبول، أو حال منهما، والباء للملابسة. (عبد)

(٦) قوله: "لأن الصيغة [أي صيغة الماضي] إلخ" حاصل الكلام أنه يحتاج إلى لفظ يدل على حدوث أمر في الحال، وليس في اللغة لفظ يدل على حدوث أمر في الحال دلالة صريحة، فاضطررنا إلى أن نعتبر ما اعتبره الشارع، وهو صيغة الماضي، فإنها وإن كانت إلخ. والمضارع كما هو يدل على الحال يدل على الاستقبال، فليس دلالته صريحة لاحتمال أن يراد الاستقبال، فيكون وعدا، نعم! قد يعتبر إذا كان هناك قرينة، ولا يكتفى بذلك، بل اعتبر معه صيغة المضي من الجانب الآخر، حتى يتأكد جانب الحال، فلهذا لا يصح بمضارعين. (عبد)

(٧) الواو وصلية.

(٨) عن معنى مقرون بالمضى.

(٩) نقلا.

(١٠) في الحال.

(١١) قوله: "شرعًا" قلت: التخصيص بالشرع ليس بمحتاج إليه؛ لأن نقل بعض الألفاظ إلى الإنشاء، قد

عن الماضي، وبالآخر عن المستقبل[1] مثل أن يقول[2]: زوّجني، فيقول[3]: زوّجتك؛ لأن هذا[4] توكيلٌ بالنكاح، والواحد يتولى طرفي النكاح[5] على ما نبينه[6] إن شاء الله تعالى.

وينعقد بلفظ النكاح، والتزويج، والهبة[7]، والتمليك، والصدقة، وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج؛ لأن التمليك[8] ليس حقيقةً فيه[9]، ولا مجازاً عنه؛ لأن التزويج للتلفيق[10]،

ثبت في اللغة أيضاً، كنقل نعم على إنشاء الذم، ونقل" ما أحسن زيدا" إلى إنشاء التعجب، فليكن هذه الألفاظ منقولة إلى الإنشاء لغة أيضاً، وهي مستعملة في لسان الشرع على وفق اللغة. (د)

(١٢) قوله: "دفعًا للحاجة" إذ الحاجة ماسة إلى إنشاء هذا التصرف لما يتعلق به من مصالح الدارين.(د)

(١٣) قوله: "بلفظين" قلت: الباء للسببية لا صلة الانعقاد، يدل عليه إعادة قوله: "ينعقد"، ولو كان صلة، كما في قوله أولا: "وينعقد بالإيجاب و لقبول" إلخ لما أعاده، فلا يرد أن الانعقاد فيما إذا كان قال: زوجني، فيقول: زوجتك بلفظ الماضي القائم مقام الإيجاب والقبول، لا بقوله: زوجني؛ لأنه توكيل، وليس بإيجاب، وذلك لأن الانعقاد فيما إذا قال: ههنا، وإن كان بلفظ الماضي، فلا شك أن زوجني سبب لولاه لما انعقد. (د)

(١) المراد منه الأمر.

(٢) لآخر.

(٣) الآخر.

(٤) أي قوله: زوجني.

(٥) قوله: "يتولى طرفي النكاح" بخلاف البيع، ووجه الفرق أن الحقوق في البيع إلى الوكيل، فلو تولى طرفيه يصير مطالبا ومطالبا، وفيه تعطيل الحقوق، وفي النكاح إلى الموكل، فلا يلزم ذلك. (إله داد)

(٦) أي في أول فصل الوكالة في النكاح. (نهاية)

(٧) قوله: "والهبة إلخ" الحاصل ما يدل على تمليك الرقبة، كما تقول المرأة: وهبت لك نفسي بكذا، أو قالت: تصدقت لك نفسي بكذا، أو تصدقت لك ابنتي بكذا. (عبد)

(٨) قوله: "لأن التمليك" أي لفظ ما يدل على التمليك، سواء كان لفظ التمليك، أو غيره من الهبة والصدقة. (عبد)

(٩) وهو ظاهر.

(١٠) قوله: "للتلفيق [هو كناية عن مصالح اعتبرت في النكاح. عبد]" يقال: لفقت بين ثوبين، ولفقت أحدهما بالآخر إذا لاءمت بينهما بالخياطة. (عناية)

والنكاحَ للضم، ولا ضم[١]، ولا ازدواجَ بين المالك والمملوكة أصلا.

ولنا[٢] أن التمليك سبب لملك المتعة في محلها[٣] بواسطة ملك الرقبة، وهو الثابت بالنكاح[٤]، والسببية طريق المجاز.

وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح[٥]؛ لوجود طريق المجاز، ولا ينعقد بلفظ الإجارة[٦] في الصحيح[٧]؛ لأنه ليس بسبب لملك المتعة[٨]، ولا بلفظ الإباحة، والإحلال، والإعارة؛ لما قلنا[٩]، ولا بلفظ الوصية[١٠]؛ لأنها توجب الملك[١١] مضافا إلى ما بعد الموت.

قال: ولا ينعقد نكاح[١٢] المسلمين[١٣] إلا بحضور شاهدَين حُرّين

(١) قوله: "ولا ضم إلخ" لأن يد المالك اليد العليا، وليس للمملوك يد، فبين النكاح والتمليك تباين، فلا يجوز أحدهما عن الآخر. (عبد)

(٢) يعني أن المناسبة موجودة.

(٣) قوله: "في محلها" احتراز عن تمليك الغلمان والبهائم وغيرها، فإن تمليكها ليس بسبب لملك المتعة التي هي الوطئ. (ن)

(٤) قوله: "وهو الثابت بالنكاح" يعني أن الضم والمصلحة ليس مأخوذا في مفهومه، بل مدلوله تمليك المنفعة، فهو بحسب المفهوم مع قطع النظر عن لوازمه وتوابعه مناسب. (عبد)

(٥) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول أبي بكر الأعمش فإنه يقول: لا ينعقد بلفظ البيع؛ لأنه خاص لتمليك مال بمال، والمملوك بالنكاح ليس بمال، ولكن الصحيح هو الانعقاد؛ لأن البيع موجب ملكا هو سبب لملك المتعة في محله. (نهاية)

(٦) قوله: "بلفظة الإجارة" صورة الإجارة أن يقول: آجرت ابنتي منك، ينوي به النكاح، وعلم الشهود ذلك. (د)

(٧) قوله: "في الصحيح" احترز به عن قول الكرخي فإنه يقول: ينعقد بها؛ لأنها تمليك منفعة، وملك المتعة منفعة، فيكون من باب إطلاق العام على الخاص، وفيه أن ملك المتعة ليس من منافع الإجارة، إن قيل: يجوز أن يكون من باب الاستعارة، أجيب بأن الاستعارة إنما تصح إذا كان التشبيه في الكيفية المشروعة. (عبد)

(٨) أي المتعة المخصوصة وهي الوطئ. (ن)

(٩) قوله: "لما قلنا" من أنه ليس سببًا لملك المتعة. (عبد)

(١٠) بأن قال: أوصيت لك ببضع ابنتي بألف درهم.

(١١) قوله: "لأنها توجب الملك إلخ" والنكاح علة لملك المتعة في الحال، والملك المضاف غير الكائن في الحال. (د)

(١٢) وأما أنكحة الكفار تصح بدون الشاهدين إذا كانوا يدينون ذلك. (عبد)

عاقلين[١] بالغين مسلمين رجلين، أو رجل وامرأتين[٢]، عدولا كانوا أو غير عدول، أو محدودِين في القذف[٣].

قال[٤]: اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح؛ لقوله عليه السلام[٥]: «لا نكاح[٦] إلا بشهود[٧]»*، وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان[٨] دون الشهادة، ولا بد من اعتبار الحرية فيها؛ لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية[٩]، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ؛ لأنه لا ولاية بدونهما، ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين؛ لأنه لا شهادة للكافر[١٠] على المسلم.

---

(١٣) قوله: "المسلمين" بالتثنية، وفيه تغليب الذكر على الأنثى، ويجوز أن يكون جمعا. (عبد)

(١) قوله: "عاقلين بالغين" رد لما ذهب إليه مالك من صحة النكاح بحضور الصبيان والمجانين، زعما منه أن الشرط هو الإعلان دون الشهود. (د)

(٢) خلافًا للشافعي. (عبد)

(٣) قوله: "أو محدودِين في القذف" بالجمع؛ لأنه خبر كانوا، والمراد من القذف نسبة شخص إلى الزنا. (عبد)

(٤) أي المصنف.

(٥) رواه الدارقطني. (ف)

(٦) قوله: "لا نكاح إلا بشهود" وهو صريح في السببية، ومن البين أنه ليس ركنا، فتعين كونه شرطًا. (عبد)

(٧) قوله: "إلا بشهود" لقائل أن يقول: الشهود جمع شهد جمع شاهد كصحب وسفر جمع صاحب وسافر، كذا ذكره في "الصحاح"، فيكون الشهود جمع الجمع، والجمع يتناول الآحاد، فيجب أن يتناول جمع الجمع الجماعات، فقوله: «لا نكاح إلا بشهود»، إن أجرى على الظاهر، لزم أن يشترط ثلاث جماعات من الشهد، وأقلها تسعة. وإن حمل على ما فوق الواحد، لزم أن يشترط حضور جماعتين، وأقلها ستة، وذلك خلاف الإجماع، فلا بد أن يجعل كناية عن الإعلان. (د)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٠ ص٥٥. (نعيم)

(٨) قوله: "في اشتراط الإعلان إلخ" يعني يقول: بدل الشهادة الإعلان، وذلك لقوله عليه السلام: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»، وفيه أنه لا يدل إلا على وجوب الإعلان، أما إنه شرط فلا. (عبد)

(٩) قوله: "لعدم الولاية إلخ" الولاية تنفيذ القول على الغير، ولا ولاية له على نفسه، فكيف يكون على الغير؟ (عبد)

(١٠) قوله: "لا شهادة للكافر إلخ" إذا لا ولاية له عليه قال الله تعالى: ﴿لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾. (عبد)

ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين، وفيه خلاف الشافعي[١]، وستعرف في الشهادات[٢] إن شاء الله.

ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافًا للشافعي، له أن الشهادة من باب الكرامة[٣]، والفاسق من أهل الإهانة.

ولنا أنه[٤] من أهل الولاية، فيكون من أهل الشهادة، وهذا[٥] لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه[٦]، لا يحرَم على غيره؛ لأنه[٧] من جنسه[٨]، ولأنه صلح مقلِّدا[٩]، فيصلح مقلَّدا، وكذا شاهدًا.

والمحدود في القذف من أهل الولاية[١٠]، فيكون من أهل الشهادة تحمُّلا[١١]، وإنما الفائت ثمرةُ الأداء[١٢] بالنهي[١٣] لجريمته، ولا يُبالي

(١) فإنه يقول: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال في النكاح.

(٢) أي تعرف دلائل الفريقين.

(٣) قوله: "من باب الكرامة" لما قال عليه السلام: «أكرموا الشهود»، فكانت الشهود محلا للإكرام، والفاسق ليس صالحا له من حيث النفس، لا من كل وجه، ولهذا يصح إكرامه لعلمه. (عبد)

(٤) أي أن الفاسق.

(٥) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: من أهل الولاية، وما هو متفرع عليه أعني قوله: فيكون من أهل الشهادة. (عبد)

(٦) قوله: "لما لم يحرم [أي لم يمنع فسقه ولايته على نفسه. عبد] إلخ" يعني أنه لم يسلب الولاية بفسقه لمعارضة إسلامه، يعني أن فسقه وإن كان يقتضي سلب ولايته، كما قال الشافعي، فإسلامه ينافي سلبه، فلا يسلب بالمعارضة، ويبقى كما كان، وإذا بقيت الولاية على نفسه بقيت على غيره. (إله داد)

(٧) أي غيره.

(٨) للاشتراك في الإسلام. (عبد)

(٩) قوله: "ولأنه صلح إلخ" [دليل ثانٍ لنا] يعني يجوز أن يكون الحاكم فاسقًا، وأجاز ذلك أن يجعل شخصًا قاضيًا، وإذا صلح جعل الشخص قاضيًا، جاز له أن يكون قاضيًا بنفسه، وإذا جاز أن يكون قاضيًا بنفسه جاز أن يكون شاهدًا؛ لأن الشهادة والقضاء من باب واحد؛ إذ في كل منهما تنفيذ الحكم على الغير. (عبد)

(١٠) على نفسه، وعلى غيره.

(١١) قوله: "تحملا" يعني أنه يتحمّل الشهادة، ويكفي في النكاح ذلك، وإنما لم يجز الأداء. (عبد)

بفواته[١]، كما في شهادة العُمْيَان[٢]، وابني العاقدَين[٣].

قال: وإن تزوج مسلم ذمية[٤] بشهادة ذميَّين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: لا يجوز؛ لأن السماع[٥] في النكاح شهادةٌ، ولا شهادة للكافر على المسلم، فكأنهما[٦] لم يسمعا كلام المسلم.

ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك[٧] لوروده على محلٍ ذي خطرٍ[٨]، لا على اعتبار وجوب المهر؛ إذ لا شهادة[٩] تشترط في لزوم المال، وهما شاهدان عليها[١٠]، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامَ الزوج[١١]؛ لأن العقد ينعقد بكلاميهما، والشهادة شرطت

---

(١٢) أي إذا أدى هو الشهادة لا يسمع.

(١٣) أي قوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا﴾.

(١) أي أداء.

(٢) فإنها لا تسمع.

(٣) قوله: "وابني العاقدين" بأن يكون أحدهما ابنا لعاقد، والآخر ابنا لآخر، أما إذا كانا لواحد، فلا يسمع فيما يكون نافعا له دون ما يكون ضاراً عليه. (عبد)

(٤) كتابية.

(٥) أي سماع الإيجاب والقبول.

(٦) هذا قياس على عدم السماع.

(٧) قوله: "على اعتبار إثبات الملك" أي ملك الزوج على الزوجة، فإن قلت: إن للزوجة أيضًا ملكًا على الزوج، حتى إن لها أن يطالبه بالوطئ.
قلت: إن لها المطالبة بالوطئ ديانة لا قضاء، فلها ملك ضعيف لا عبرة له. (عبد)

(٨) قوله: "لوروده على محل [أي البضع] ذي خطر" أي العضو الشريف، وإنما كانت الشهادة دالة على خطره؛ لأن الوصول إليه لا يكون سهلا. (عبد)

(٩) إذ ليس في لزوم المال خطر. (عبد)

(١٠) لكونها ذمية.

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" جواب عن قياس محمد وزفر، وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط العقد، والعقد ينعقد بكلاميهما، فإذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد. (عناية)

على العقد.

ومن أمر رجلا بأن يزوّج ابنته الصغيرة، فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما[١] جاز النكاح؛ لأن الأب يُجعل مباشِراً[٢] لاتحاد المجلس، فيكون الوكيل سفيرا و معبّرا[٣]، فيبقى المزوِّج شاهدا[٤]، وإن كان الأب غائبا لم يجز؛ لأن المجلس مختلف، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً[٥]، وعلى هذا إذا زوّج الأب ابنتَه البالغةَ بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز[٦]، وإن كانت غائبة لا يجوز.

فصل في بيان المحرمات[٧]

قال: لا يحل للرجل أن يتزوّج بأمه، ولا جداته من قبل الرجال والنساء[٨]؛ لقوله تعالى: ﴿حرِّمت عليكم أمّهاتُكم وبناتُكم[٩]﴾،

(١) أي الوكيل والأب.

(٢) للعقد. (عناية)

(٣) قوله: "فيكون الوكيل سفيراً أو معبرًا" من كل وجه، وإلا فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبر أبدا، ولهذا يرجع الحقوق إلى الموكل مطلقًا. (د)

(٤) قوله: "فيبقى المزوج شاهدا" [مع آخر] لأن المجلس متحد، فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكماً لكون الوكيل في باب النكاح سفيراً ومعبراً. (ع)

(٥) مع عدم حضوره في مجلس المباشرة. (ع)

(٦) قوله: "جاز" فلا بد من نقل عبارة الأب إليها؛ ليصح العقد، وذلك لأن الموجود من الوكيل واجب الانتقال إلى الموكل في باب النكاح ضرورة أن الوكيل سفير ومعبر فيه، ومتى كانت البالغة حاضرة أمكن اعتبار الأب شاهدا، وأما إذا كانت غائبة فلا؛ لأن الشيء إنما يقدر تقديرا إن لو تصور تحقيقًا. (نهاية)

(٧) قوله: "فصل في بيان المحرمات" لما ذكر بيان شرعية النكاح على الأنثى من بني آدم التي ليست هي من المحرمات، احتاج إلى بيان المحرمات؛ ليتميز المحللات من المحرمات. (نهاية)

(٨) أي سواء كانت من جهة الآباء أو الأمهات. (عبد)

(٩) قوله: "وبناتكم" ﴿وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا

والجدات(١) أمهاتٌ؛ إذ الأ هو الأصل لغةً، أو ثبتت حرمتهن بالإجماع.

قال: ولا ببنته لما تلونا(٢)، ولا ببنت ولده(٣)، وإن سفلت للإجماع، ولا بأخته، ولا ببنات أخته، ولا ببنات أخيه، ولا بعمته(٤)، ولا بخالته؛ لأن حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية، وتدخل فيها العمات المتفرقات(٥)، والخالات المتفرقات(٦)، وبنات الإخوة المتفرقين؛ لأن جهة الاسم عامة(٧). قال: ولا بأمّ امرأته التي دخل بابنتها أو لم يدخل؛ لقوله تعالى: ﴿وأمهاتُ نسائكم﴾ من غير قيد الدخول، ولا ببنت امرأته التي دخل بها(٨)؛ لثبوت قيد الدخول بالنصّ، سواء كانت في حَجره(٩)، أو في حجر غيره(١٠)؛ لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة(١١)،

ما قد سلف﴾ إلخ.

(١) قوله: "والجدات إلخ" اعلم أن حكم الجدات ثابت، إما بناء على أن المراد من الأمهات المعنى اللغوى، وهي بحسب المعنى اللغوى تشمل الجدات، والقرينة على إرادة المعنى اللغوى ثابتة، وا لدليل على وجود القرينة الإجماع، فالإجماع كاشف عن القرينة، وإما بناء على الإجماع، وهذا أظهر؛ إذ معنى الأصل معنى مهجور. (عبد)

(٢) آنفًا من الآية.

(٣) قوله: "ولا ببنت ولده" سواء كان بنت ابن، أو بنت بنت، وذلك للإجماع، وإنما لم يقل: لما تلونا؛ لأن بنت البنت لا يقال لها في العرف: إنها بنت له. (عبد)

(٤) قوله: "ولا بعمته" وكذا بعمة الأب، والأم، وخالتها بالإجماع.

(٥) أي من الأبوين، أو من الأب، أو من الأم.

(٦) أي المختلفات.

(٧) قوله: "لأن جهة الاسم عامة" فإن جهته هي كونها جزءً من الأصل القريب، أو جزءً قريبًا من الأصل البعيد، وذلك متحقق في الكل. (عبد)

(٨) قوله: "التي دخل بها" [صفة ا مرأة] وفي حكم الدخول المس بشهوة، بل لو لم تكن في نكاحها، ومسها بالشهوة حرم عليه بنتها. (عبد)

(٩) قوله: "في حجره [حجر كنار مردم]" بفتح الحاء وكسرها، المقصود أن تكون في تربيته. (عبد)

(١٠) رجل.

(١١) قوله: "خرج مخرج العادة" لأن الغالب أن يكون بنت المرأة في حجر زوج الأم. (د)

لا مخرج الشرط(١)، ولهذا اكتفى في موضع الإحلال(٢) بنفي الدخول.

قال: ولا بامرأة أبيه وأجداده؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء(٣)﴾، ولا بامرأة ابنه وبني أولاده؛ لقوله تعالى: ﴿وحلائل(٤) أبنائكم الذين من أصلابكم﴾، وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبنّي(٥)، لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة، ولا بأمه(٦) من الرضاعة، ولا بأخته من الرضاعة؛ لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخَوَاتُكم من الرضاعة﴾، ولقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(٧)*. ولا يجمع بين أختين نكاحًا، ولا بملك يمين وطئًا؛ لقوله تعالى: ﴿وأنْ تجمعوا بين الأختين﴾، ولقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر(٨) فلا يجمعن ماءه في رحم

(١) قوله: "لا مخرج الشرط" بخلاف الدخول في قوله تعالى: ﴿من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾، فإنه وإن كان غالبًا معتاداً إلا أن قوله تعالى: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ قرينة على كونه شرطًا. (د)

(٢) قوله: "ولهذا اكتفى إلخ" يعني لو كان مجموع الحجر والدخول شرطا، كما قاله علي وابن مسعود: لكان السوق يقتضي أن يقول في بيان الإحلال: وإن لم تكونوا دخلتم بهن أو لم تكن في حجركم، ولما لم يتعرض للحجر، علم أن الشرط ليس إلا الدخول. (عبد)

(٣) قوله: "ما نكح آباؤكم" ففيه عموم المجاز ليثبت الدعوى. (عبد)

(٤) حليله زن كسے. (م)

(٥) قوله: "لإسقاط إلخ" إن قيل: إن مفهوم المخالف غير معتد عندهم، فلا يدل قوله تعالى: ﴿من أصلابكم﴾ على أن حليلة المتبنى حلال، ولا يدل على إحلال حليلة الابن من الرضاعة.
يقال: بأن ذلك كله مبني على القبول، وتسليم أن مفهوم المخالف معتبر بأن مفهوم المخالف ههنا إحلال حليلة المتبنى، لا إحلال حليلة الابن من الرضاع. (عبد)

(٦) قوله: "ولا بأمه" أي لا بأصله الذي ثبت من الرضاعة، وهو يشمل الأمهات والجدات، والرضاعة تحصل بمصة، ولا حاجة إلى الشبع. (عبد)

(٧) أخرجه البخاري عن ابن عباس، كذا قال الزيلعي.

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٢ ص٥٥. (نعيم)

(٨) قوله: "من كان يؤمن بالله إلخ" هذا غريب، وفي الباب أحاديث كثيرة، منها ما في "الصحيحين"

أختين»[١]*، فإن تزوج أختَ أمة له قد وطئها[٢] صح النكاح؛ لصدوره من أهله مضافًا إلى محله[٣]، وإذا جاز لا يطأ الأمة، وإن[٤] كان لم يطأ المنكوحة؛ لأن المنكوحة موطوءة حكمًا[٥]، ولا يطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءةَ على نفسه بسبب من الأسباب[٦]، فحينئذٍ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئًا، ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئًا إذا المرقوقة[٧] ليست موطوءةً حكمًا[٨].

فإن تزوّج أختين في عَقدتين[٩]، ولا يدرى أيتهما أولى فرّق بينه

عن أم حبيبة قالت: يا رسول الله! "انكح أختي" الحديث، إلى أن قال: «إنها لا تحل لي». (ف)

قوله: "من كان" هذا حديث غريب، لم يتعرض له أحد من الشراح غير أن الكاكي أحال على ما ذكر في "المبسوط"، والسروجي أحاله على "الذخيرة" للمالكية، نعم روى الترمذي من حديث أبي وهب الجيشاني أنه سمع من فيروز الديلمي يحدث عن أبيه قال: أتيت رسول الله، فقلت: إني أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله: «اختر أيهما شئت» (ب)

(١) فلا يجمعمن إلخ" هذا الحديث دليل على حرمة الجمع في النكاح بين الأختين في الوطئ، والجمع بينهما في النكاح، فإن النكاح في قوة الوطئ، ولو خص بالأول جاز؛ لأن الآية دليل على حرمة النكاح.
وأما الآية فظاهر سوقها يدل على امتناع الجمع في النكاح، ولو عمم الجمع بحيث يشمل ملك اليمين في الوطئ لوجب القول بتخصيص ملك اليمين بالإجماع. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٣ ص٥٥. (نعيم)

(٢) حالية.

(٣) قوله: "مضافًا إلى محله" لأن الأخت المملوكة وطئها من الاستخدام، وهو لا يمنع نكاح الأخت. (ع)

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "موطوءة حكمًا [ولهذا تستحق الوطئ على هذا الزوج، والأمة لا تستحقه على المولى. بناية]" فإن حكم النكاح هو حل الوطئ، فلما صارت المنكوحة موطوءة حكمًا، فلا يطأ الأخرى؛ لئلا يكون جامعًا بينهما وطئًا. (عبد)

(٦) قوله: "بسبب [كالبيع والهبة مع التسليم والكتابة. عيني] من الأسباب" بأن يعتق، أو يبيع، أو يزوجها. (عبد)

(٧) ولهذا لا يثبت النسب لولد المرقوقة ما لم يدع. (بناية)

(٨) قوله: "ليست موطوءة حكمًا" إذ وضع ملك اليمين ليس لأجل هذا الغرض، نعم له فوائد دخل الوطئ بينها، بخلاف النكاح، فإن وضعه للوطئ. (عبد)

(٩) قوله: "في عقدتين [بفتح العين. عبد]" إنما قال: في عقدتين؛ إذ لو كان في عقدة، فبطل النكاح

وبينهما(١)؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية، ولا(٢) إلى التنفيذ مع التجهيل(٣) لعدم الفائدة، أو للضرر، فتعين التفريق، ولهما نصف المهر(٤)؛ لأنه(٥) وجب للأولى منهما، وانعدمت الأوليّة للجهل بالأوليّة، فينصرف إليهما، وقيل(٦): لا بد من دعوى كل واحدة منهما(٧) أنّها الأولى، أو الاصطلاح(٨) لجهالة المستحقّة.

ولا يجمع بين المرأة وعمتِها(٩)، أو خالتها، أو ابنة أخيها، أو ابنة أختها؛ لقوله عليه السّلام(١٠): «لا تنكح المرأةُ على عمتها ولاعلى خالتها

قطعًا فيهما. (عبد)

(١) قوله: "فرق بينه إلخ" أي يحكم القاضي ببطلان النكاح، وفي معنى التفريق المتاركة والتطليق. (عبد)

(٢) وجه.

(٣) قوله: "ولا إلى التنفيذ مع التجهيل" بأن يقول القاضي: إن نكاح واحد منهما صحيح دون الآخر؛ لأن أحد الأمرين متحقق على سبيل منع الخلو، أما عدم الفائدة إذا نظرنا إلى حال الزوج، فإن المقصود من النكاح حل الوطئ والتناسل، وهو مفقود، وإما الضرر إذا نظرنا إلى حال الزوجة، فإنهما تصيران محبوستين. (عبد)

(٤) قوله: "ولهما نصف المهر" نقل الشيخ إله داد عن بعض شروح الهداية أن موضوع المسألة فيما إذا كان مهرهما سواء، أما إذا تفاوتا فإنه يجب ربع كل واحد منها، ولم يتعرض به في الكتاب لعدم تفاوت مهر الأختين عادة، وقيل: إن لهما نصف المهر أي مهر كان إذا تساوى المهران ونصف أقل المهرين إذا تفاوتا، فإنه ثابت بيقين. وقال الفاضل عبد الغفور: إن هذا إذا لم يدخل الزوج، وأما إذا دخل، فإن دخل عليهما لزم أقل من مهر المثل والمسمى، فإنه ثابت بيقين، وذلك لأن الموطوءة إذا كانت منكوحة لزم المسمى، وإن لم تكن منكوحة، لزم مهر المثل، فالأقل ثابت على كل تقدير، وإن دخل على واحدة منهما دون الأخرى فللموطوئة أقل من مهر المثل والمسمى، وللأخرى ربع أقل المسمى. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) أي نصف المهر.

(٦) قوله: "وقيل: لا بد إلخ" لما صرح بعضهم هذا التفصيل عنون بقيل، لا أن هناك روايتين. (عبد)

(٧) قوله: "لا بد من دعوى إلخ" وإنما كان الأمر كذلك؛ إذ لو لم يكن الدعوى، ولا الاتفاق، فلا يصرف المال إليه، ولا يجوز للقاضي أن يصرف المال إلى من لا يدعي الاستحقاق، وإن علم القاضي استحقاقه، فكيف إذا لم يعلم، ويلزم من ذلك أنهما إذا سكتتا لم يصرف نصف المهر إليهما. (عبد)

(٨) أي الاتفاق على أن النصف مشترك بينهما. (عبد)

(٩) قوله: "وعمتها" سواء كانت عمة قريبة أو بعيدة، وكذا الحال في البواقي. (عبد)

(١٠) قوله: "لقوله عليه السّلام إلخ" [رواه مسلم وأبو داود. ف] بقي ههنا شيء، وهو أن الدليل

ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها[١]»*، وهذا مشهور[٢]، تجوز الزيادة على الكتاب[٣] بمثله. ولا يجمع بين امرأتين[٤] لو كانت إحداهما رجلا، لم يجز له أن يتزوج بالأخرى؛ لأن الجمع[٥] بينهما يفضى إلى القطيعة[٦]، والقرابةُ المحرمة للنكاح محرّمة للقطع[٧]، ولو كانت المحرميةُ بينهما بسبب الرضاع تحرم؛ لما روينا[٨] من قبل.

ولا بأس بأن يجمع بين امرأةٍ وبنت زوجٍ كان لها من قبل؛ لأنه

لا يثبت الدعوى؛ إذ المدعى شامل للجمعية والترتيب، والدليل لا يثبت إلا نفى الترتيب، اللهم إلا أن يقال: إن العلة موجودة حالة الاجتماع؛ إذ العلة هى العمومة والخوالة. (عبد)

(١) قوله: "ولا على ابنة أختها إلخ" ذكر النهى من الجانبين للمبالغة فى التحريم، أو لإزالة الإشكال، فربما يظن أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز، ونكاح العمة على بنت الأخ يجوز لفضل العمة، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة، ويجوز نكاح الحرة على الأمة، كذا فى "الكافى".

* من حديث أبي هريرة راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٤ ص٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "وهذا مشهور" ولئن سلم أنه خبر واحد يجوز تخصيص العام به إذا كان العام مخصوصًا، والعام ههنا مخصوص بخروج الوثنية والمجوسية، وفيه أن هذا إنما يصح إذا كان التخصيص بمتصل مستقل، وتخصيص المجوسية والوثنية لم يعلم أنه من هذا القبيل. (عبد)

(٣) أى قوله تعالى: ﴿أحل لكم ما وراء ذلكم﴾. (ب)

(٤) تعميم بعد التخصيص. (عبد)

(٥) قوله: "لأن الجمع إلخ" حاصل الكلام أنا علمنا من الشرع حرمة التزويج بين جماعة، وعلمنا أن حرمة التزويج لإفضاءه إلى قطع الرحم، فإن المرأة تصير كالمملوك، ولهذا لا يصح أن ينكح أحد أخته، فإذا علمنا أن القرابة لا تجمع النكاح لإفضاءه إلى القطع، علمنا أن لا يجوز الجمع بينهما فى نكاح آخر؛ لأنه يؤدى إلى القطع، بل مادة القطع ههنا أكثر وأقوى؛ إذ كثيرا ما يكون بين الزوجة والزوج ملائمة تامة، بخلاف الزوجتين لواحد. (ع)

(٦) أى قطيعة الرحم؛ لأن المعاداة عادة بين الضرائر. (بناية للعينى)

(٧) قوله: "محرمة للقطع" أى محرمة للنكاح لما فيه من القطع لاشتماله على معنى الإرقاق والإذلال، واللام صلة لقوله محرمة، أى محرمة للنكاح لقطع الرحم، و الجمع يفضى إلى القطع. (د)

(٨) قوله: "لما روينا" وهو قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» سوى بينهما فى التحريم، ومن ضرورته تحريم الجمع بينهما، وهذا الخبر وإن كان من الآحاد، فقوله تعالى: ﴿ما وراء ذلكم﴾ خص عنه البعض بالمشهور، فجاز تخصيصه بالواحد. (د)

لا قرابة بينهما ولا رضاعَ. وقال زفر: لا يجوز؛ لأن ابنة الزوج لو قدرتَها ذكرا لا يجوز له التزوّج بامرأة أبيه. قلنا: امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز[١] له التزوّج بهذه[٢]، والشرطُ أن يصور ذلك[٣] من كل جانبٍ.

ومن زنى بامرأة، حرمت عليها أمها وبنتها[٤]، وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة[٥]؛ لأنها نعمة[٦]، فلا تنال بالمحظور.

ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد[٧] حتى يضاف[٨] إلى كل واحد منهما[٩] كَمَلا، فيصير أصولُها[١٠] وفُروعُها كأُصوله[١١] وفُروعه، وكذلك على العكس، والاستمتاع بالجزء[١٢] حرام إلا في موضع

(١) لأنها بنت رجل أجنبي. (مجمع الأنهر)

(٢) أي ابنة الزوج.

(٣) أي عدم الجواز.

(٤) أي أصولها وفروعها.(عبد)

(٥) قوله: "حرمة المصاهرة" أي حرمة تثبت بالمصاهرة، وهي بالفارسية: كسى را بنكاح در آوردن. (ع)

(٦) قوله: "لأنها نعمة" أي لأن المصاهرة نعمة حيث من الله تعالى على عباده بقوله: ﴿فجعله نسبا وصهرا﴾ أي جعله ذا نسب وصهر، وذلك مستلزم لكثرة أعوانه، فإن الإنسان بعد الخلق ليس كسائر الحيوانات، فلا تنال بالمحظور أي فلا تنال المصاهرة، متفرع على الكبرى المطوية، وهي أن النعمة لا تنال بالمحظور، ولا يصح أن يجعل قوله: فلا تنال كبرى لوجود الفاء. (عبد)

(٧) قوله: "سبب الجزئية [بين الواطئ والموطوءة. ن] إلخ" يعني يصيران كشخص واحد بواسطة الولد، وكذا على العكس، أي يعتبر أصوله وفروعه كأصولها وفروعها، حتى لا يحل للزانية أن يتزوج أب الزاني وابنه.(ن)

(٨) الولد، يقال: ابن فلان وابن فلانة. (عناية)

(٩) الزوجين.

(١٠) موطوءة.

(١١) واطئ.

(١٢) قوله: "والاستمتاع إلخ" يعني فإن قيل: لو كان كذلك لكان الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة؛ لأنها اعتبرت جزء الواطئ، أجاب عنه بقوله: والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة، وهي الموطوءة؛ لأنها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها، وعاد النكاح على موضوعه بالنقض؛ لأنه ما شرع إلا للتوالد والتناسل، فلو حرمت بالولادة، لكان ما وضع للولادة ينتفي بها، وذلك خلف باطل.

الضرورة، وهى الموطوءة، والوطئ محرمٌ[(١)] من حيث إنه سبب الولد، لا من حيث إنه زنا. ومَنْ مسته امرأة بشهوة[(٢)] حرمت عليه أمها وابنتها، وقال الشافعى: لا تحرم، وعلى هذا الخلاف مَسُّه[(٣)] امرأةً بشهوة، ونظرُه[(٤)] إلى فرجها، ونظرُها إلى ذكره عن شهوة[(٥)]. له أن المس والنظر ليسا فى معنى الدخول[(٦)]، ولهذا لا يتعلق بهما فسادُ الصوم والإحرام[(٧)]، ووجوبُ الاغتسال، فلا يلحقان به. ولنا أن المس والنظر سبب داعٍ إلى الوطئ، فيقام مقامه فى موضع الاحتياط، ثم إن المس بشهوة أن تنتشر الآلة، أو تزداد انتشارًا هو الصحيح[(٨)].

وأما إن الاستمتاع بالجزء حرام، فلأن أول الإنسان آدم، وقد حرمت عليه بناته، فهو الأصل فى حرمة الجزء، واستثنى منه موضع الضرورة، وهى حواء. (ع)

(١) قوله: "والوطئ محرم إلخ" جواب عن قوله: فلا تنال بالمحظور، يعنى أن الوطئ موجب حرمة المصاهرة من حيث إنه سبب للولد، فكان قائما مقام الولد؛ لأنه سببه كما أقيم السفر مقام المشقة، ولا عدوان ولا معصية فى لمسبب الذى هو الولد، فكذا لا عصيان ولا عدوان فى السبب الذى أقيم مقامه من ذلك الوجه، لا من حيث إنه زنا. (نهاية)

(٢) قوله: "ومَنْ مسته [عمدا كان المس أو خطأ. ب] إلخ" أى مسا حلالا ليظهر وجه خلاف الشافعى؛ لأن حال المس الحرام علم من الوطئ الحرام، فإن الوطئ الحرام لا يحرم، فكيف بدواعيه؟ (عبد)

(٣) الرجل.

(٤) الرجل.

(٥) وكذا الخلاف فى التقبيل والمفاخذة. (ب)

(٦) قوله: "ليسا فى معنى الدخول" أى فى حكمه، وإنما المحرم هو الدخول، ومنه يعلم أن الكلام فى المس الحلال إذا الدخول الحرام ليس بمحرم عند الشافعى. (عبد)

(٧) قوله: "والإحرام" بخلاف الدخول، فإنه إذا دخل قبل الوقوف بعرفات بطل إحرامه، فيبطل حجه، بخلاف المس والنظر. (عبد)

(٨) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعض المشايخ، قال فى "الذخيرة": وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار، وجعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهى جماعها، ثم معنى قوله: أن ينتشر الآلة أى إذا لم تكن منتشرة قبل النظر أو المس، وقوله: أو تزداد انتشارا أى إذا كانت منتشرة قبل هذا، ولكن ازدادت قوة وشدة بالنظر، أو المس. (نهاية)

والمعتبر[١] النظر إلى الفرج الداخل[٢]، ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكاءها[٣]، ولو مس فأنزل، فقد قيل: إنه يوجب الحرمة[٤]، والصحيح أنه لا يوجبها؛ لأنه[٥] بالإنزال تبيّن أنه غير مفض إلى الوطئ، وعلى هذا إتيان[٦] المرأة[٧] في الدبر. وإذا طلّق امرأته طلاقًا بائنًا أو رجعيًا لم يجز له أن يتزوج بأختها[٨]، حتى تنقضي عدتها، وقال الشافعي: إن كانت العدة من طلاق بائن أو ثلاث يجوز؛ لانقطاع النكاح[٩] بالكليةِ إعمالا للقاطع[١٠]، ولهذا[١١] لو وطأها[١٢] مع العلم بالحرمة يجب الحد

ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع[١٣] والفراش.

(١) قوله: "والمعتبر إلخ" فإن الداخل فرج من كل وجه أما الخارج فمن وجه، وفيه أن الاحتياط أن يعتبر النظر إليه مطلقًا. وجوابه أن الشبهة إن كانت تعتبر في موضع الاحتياط، فالنازل عنها غير معتبر، وفي النظر إلى الفرج من وجه شبهة الشبهة، فلا يعتبر. (د)

(٢) محل عدم زوال البكارة. (عبد)

(٣) لا إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة. (ب)

(٤) أي حرمة المصاهرة.

(٥) قوله: "لأنه بالإنزال تبين إلخ" إن قيل: فينبغي أن لا يحصل من مس العنين؛ لأنه لا يفضي إلى الوطئ. قلنا: مسه قائم مقام وطئ غيره، وإنما اعتبر ذلك؛ لأن من شأن نوعه الإفضاء، لا يقال: إذا أنزل بالمس، ينبغي أن يكون محرما؛ لأن من شأن نوعه الإفضاء؛ لأنا نقول: ليس من شأن ذلك الشخص من المس الإفضاء. (عبد)

(٦) قوله: "وعلى هذا إتيان إلخ" يعني إذا أتى دبر المرأة، فإن أنزل فلا يوجب، وإلا فيوجب. (عبد)

(٧) أما لو لاط الغلام فلا يوجب ذلك حرمة. (ب)

(٨) وكذا لا يتزوج بأربع سواها. (ب)

(٩) له أن يتزوج بأختها.

(١٠) قوله: "إعمالا للقاطع [الطلاق]" فإن القاطع إذا وجد، يجب أن يتحقق أثره. (عبد)

(١١) أي لانقطاع النكاح. (عيني)

(١٢) المطلقة البائنة.

(١٣) قوله: "والمنع" أي منع الخروج عن بيته، والفراش يعني إذا ولدت قبل مضي سنتين كان الولد له. (عبد)

والقاطع[١] تأخَّرَ عمله، ولهذا بقى القيد[٢]، والحد[٣] لا يجب على إشارة[٤] كتاب الطلاق[٥]، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب؛ لأن الملك قد زال في حق الحل، فيتحقق الزنا، ولم يرتفع في حق ما ذكرنا، فيصير جامعًا. ولا يتزوج المولى أمته، ولا المرأةُ عبدَها؛ لأن النكاح ما شُرِع إلا مثمرًا بثمرات مشتركة[٦] بين المتناكحين، والمملوكية[٧] تنافى المالكية[٨]، فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة.

---

(١) جواب عن قوله: إعمالا للقاطع.

(٢) أى المنع عن الخروج. (عبد)

(٣) قوله: "والحد إلخ" حاصله أن ما قاله الشافعي رح: يجاب عنه، إما أولا: فبأنا لا نسلم وجوب الحد، كما هو مقتضى إشارة كتاب الطلاق من "المبسوط"، وإما ثانيا: فبأنا سلمنا ذلك، كما هو مقتضى صريح كتاب الحد عن "المبسوط". نقول: إن هذا الأمر أعنى حل الوطئ غير باقٍ، لكن بقى آثار أخر كما ذكرنا، فالنكاح باقٍ من وجه غير باقٍ من آخر، فلما بقى النكاح من وجه، كان الشخص جامعا بين الأختين في النكاح، ولا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح، ولو كان ذلك نكاحا في الجملة. (عبد)

(٤) قوله: "على إشارة كتاب الطلاق" وهو قوله: إذا كان الطلاق بائنا، فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضاءها؛ لأن حل المحلية باقٍ، فقوله: حل المحلية باقٍ إشارة إلى عدم وجوب الحد، كذا في الحاشية، وفيه نظر؛ لأن حل المحلية لا ينافي وجوب الحد لوجوده في سائر الأجنبيات مع أن الحد يجب بوطئها. (د)

(٥) قوله: "كتاب الطلاق" معنى إشارته ما ذكر في ثبوت النسب للمبتوتة، إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين أو لتمامها، فادعاه المطلق يثبت نسبه منه، فدل هذا على أن هذه شبهة في المحل، وهي تسقط الحد، بخلاف الشبهة في الفعل. (بناية للعيني)

(٦) قوله: "بثمرات مشتركة" أى مجموع ثمرات يكون بعضها في حق الزوج كمنع الخروج والوطئ، ويكون بعضها في حق الزوجة كطلب السكنى والنفقة. (عبد)

(٧) قوله: والمملوكية إلخ" أى لا يجوز أن يكون شخص مملوكا لشخص ومالكا لذلك الشخص، وذلك لأن المملوكية أثر المقهورية، والمالكية أثر القاهرية، فلا يجتمعان.

وليس من قبيل الأبوة والبنوة المجتمعين في شخص؛ لأن البنوة بالقياس إلى أحد، والأبوة بالقياس إلى آخر، إن قيل: قد يجتمعان في شخص، كما في كل واحد من الزوج والزوجة، قلنا: جوز فيهما للضرورة، ولا ضرورة في ملك الرقبة. (عبد)

(٨) قوله: "تنافى إلخ" يشكل بأنه لو كانت المملوكية تنافى المالكية لم يصح نكاح المملوك أصلا؛ إذ النكاح لا يخلو عن مالكية أحد المتناكحين صاحبه إلا أن يجاب بأن القياس أن لا يصح نكاحه مطلقًا، لكنا جوزنا لمساس الحاجة إليه. (د)

ويجوز تزوّج الكتابيات[١]؛ لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ أي العفائف[٢]، ولا فرق بين الكتابية الحرة، والأمة على ما نبين إن شاء الله[٣]. ولا يجوز تزوج المجوسيات[٤]؛ لقوله عليه السّلام: «سنّوا[٥] بهم سنة أهل الكتاب[٦] غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»[٧]*. قال[٨]: ولا الوثنيات[٩]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾، ويجوز تزوج الصابئات[١٠] إن كانوا يؤمنون بدين، ويقرون بكتاب؛ لأنهم من أهل الكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم؛ لأنهم مشركون، والخلافُ المنقول فيه[١١] محمول على اشتباه مذهبهم، فكلّ أجاب على ما وقع عنده،

---

(١) قال الكاكي: الأولى أن لا يتزوج معهن، ولا يأكل معهم. (بناية)

(٢) قوله: " أي العفائف " إنما فسر به ليعلم أن ليس المراد من المحصنات المسلمات، كما فسره ابن عباس، وذلك لأن النساء إذا صرن مسلمات يجوز نكاحهن، سواء كن كتابية أو غير كتابية، فالتخصيص بقوله: ﴿من الذين أوتوا الكتاب﴾ مما ليس له نفع ظاهر، وإنما قال: العفائف؛ لأن الكلام خارج مخرج العادة، أو لبيان الأفضل. (عبد)

(٣) عن قريب.

(٤) المجوسية: آتش پرست. (عبد)

(٥) أي اسلكوا بهم. (عبد)

(٦) يعنى من أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية.

(٧) أخرج عبد الرزاق وابن أبي شيبة معناه، كذا في "فتح القدير".

* راجع نصب الراية ج٣ ص ١٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٥ ص٥٦. (نعيم)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: " ولا الوثنيات " الوثني عابد الوثن، وهو ما له جثة من خشبة، أو حجر، أو فضة، أو جوهر، والجمع أوثان. (مضمرات)

(١٠) قوله: " الصابئات " الصابية من صبا إذا خرج من الدين، وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية، وعبدوا الكواكب، وذكر في " الصحاح " أنهم من جنس أهل الكتاب، والتفصيل المذكور في حكمهم مبنى على هذين التفسيرين. (عناية)

(١١) قوله: " والخلاف المنقول فيه " يعنى من أبي حنيفة وصاحبيه، أن أنكحتهم صحيحة عنده، خلافا لهما

وعلى هذا تحل ذبيحتهم[١]. قال: ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حالة الإحرام[٢]، وقال الشافعي: لا يجوز، وتزويج الولي المحرم وليتَه على هذا الخلاف[٣]، له قوله عليه السلام: «لا يَنكح المحرم ولا يُنكح»[٤]*. ولنا ما روى[٥]: «أنه عليه السّلام تزوج بميمونة وهو محرِم»[٦]**، وما رواه محمول على الوطئ[٧]. ويجوز تزوج الأمة، مسلمة كانت أو كتابية، وقال الشافعي: لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية؛ لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده؛ لما فيه[٨] من تعريض

محمول إلخ، فوقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرأون الزبور، ولا يعبدون الكواكب، لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال إليها، ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم، فصاروا كعبدة الأوثان، فإذن لا خلاف بينهم في الحقيقة. (ع)

(١) فعنده تحل، وعندهما لا. (ب)

(٢) وهو قول ابن مسعود، وابن عباس، وأنس.

(٣) فعندنا يجوز، وعنده لا.

(٤) رواه مسلم عن عثمان بن عفان. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٦ ص٥٦. (نعيم)

(٥) رواه الأئمة الستة في كتبهم. (ف)

(٦) قوله: "وهو محرم" فإن قلت: قوله: وهو محرم محتمل أيضاً؛ لأنه يجوز أن يراد وهو داخل في الحرم.

قلت: نعم، ولكن أريد به أنه في الإحرام بالاتفاق، فإن الشافعية أيضاً جوزوا في نكاح النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه في حالة الإحرام في الأصح، ولكنه مخصوص به عليه السلام.

سلمنا جميع ذلك لكن النصوص المطلقة في باب النكاح مثل قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم﴾، وقوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى﴾ يوجب إباحة النكاح مطلقاً، فمن شرط أن لا يكون محرماً، فقد زاد على النص بخبر الواحد، وذا لا يجوز. (د)

** راجع نصب الراية ج٣ ص١٧١، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٧ ص٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "محمول على الوطئ [لأن النكاح للوطئ حقيقة، وللعقد مجاز. ب]" في صورة النكاح ظاهر، وأما في صورة الإنكاح فمعناه التمكين على الوطئ، ونظيره الإطعام، فإن الإطعام أن يؤتى لطعام عند شخص، لا بمعنى أنه يضع الطعام في فمه. (عبد الغفور)

(٨) فإن الولد تابع للأم في الحرية والرق. (ب)

الجزء[(١)] على الرق[(٢)]، وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة[(٣)]، ولهذا[(٤)] جعل طَوْل الحرة[(٥)] مانعًا منه[(٦)]. وعندنا الجواز[(٧)] مطلق لإطلاق المقتضى[(٨)]، وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر[(٩)] لا إرقاقه، وله أن لا يحصِّل الأصل، فيكون له أن لا يحصِّل الوصف. ولا يتزوج أمة على حرة؛ لقوله عليه السّلام[(١٠)]: «لا تنكَح الأمةُ على الحرة»[(١١)]*، وهو[(١٢)] بإطلاقه حجة على الشافعي في تجويز ذلك للعبد[(١٣)]، وعلى مالك في تجويزه برضا

---

(١) أي جزء نفسه، وهو منيه. (عبد)

(٢) قوله: "على الرق" والرق هو الهلاك، فكأنه جعل جزءه هالكا. (عبد)

(٣) أي بالأمة المسلمة.

(٤) قوله: "ولهذا" أي لأن جواز نكاح الإماء ضروري. (عبد)

(٥) قوله: "جعل طول [قدرة] الحرة" قال الله تعالى: ﴿فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾.

(٦) قوله: "مانعا منه [أي من نكاح الأمة]" وقد يقال: القدرة على تزوج المسلمة ليست بلازمة فيجب أن يجوز تزوج الأمة الكتابية عند العجز عن تزوج المسلمة، ولا يجوز عند الشافعي مطلقًا. (د)

(٧) أي جواز نكاح الإماء.

(٨) قوله: "لإطلاق المقتضى" وهو قوله تعالى: ﴿ما طاب لكم من النساء﴾، وقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾، وفيه أي في الإقدام على نكاح الأمة. (عبد)

(٩) قوله: "امتناع إلخ" حاصله أن المحذور هو جعل الجزء رقا، وليس هناك جزء حتى يصير رقا، بل ليس إلا الامتناع عن تحصيل الجزء الحر، وكما أن له الامتناع عن تحصيل الأصل، كما إذا عزل برضى المرأة، جاز له الامتناع عن تحصيل الوصف، وهو وصف الحرية. والشافعي جعل المحذور أعم منه، فإنه يقول: من المحذور جعل المستعد للحرية رقا، فإن إبطال استعداد الحرية أيضًا من المحذورات، كما أن جعل الجزء رقا من المحذورات. (عبد)

(١٠) رواه الدارقطني. (ب)

(١١) قوله: "لا تنكح إلخ" أخرجه الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده إلى الحسن «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى أن تستنكح الأمة على الحرة، قال: وتنكح الحرة على الأمة». (ف)

* من حديث عائشة، راجع نصب الراية ج٣ ص١٧٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٨ص٥٧. (نعيم)

(١٢) الحديث.

(١٣) قوله: "في تجويز ذلك إلخ" [أي نكاح الأمة على الحرة. ب] وذلك لأن الطول هو المانع، كما هو

الحرة، ولأن للرق أثرا فى تنصيف النعمة(١) على ما نقرره فى الطلاق(٢) إن شاء الله، فيثبت به حلّ المحلية فى حالة الانفراد(٣) دون حالة الانضمام(٤). ويجوز تزوج الحرة عليها(٥)؛ لقوله عليه السّلام: «وتُنكح الحرةُ على الأمة»(٦)، ولأنها من المحلّلات فى جميع الحالات(٧)؛ إذ لا منصِّف فى حقها. فإن تزوج أمة على حرة فى عدةٍ من طلاقٍ بائن، أو ثلاث لم يجز عند أبى حنيفة رح، ويجوز عندهما؛ لأن هذا ليس بتزوج عليها(٨)، وهو المحرِّم(٩)، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا(١٠). ولأبى حنيفة أن نكاح الحرة باقٍ من وجه لبقاء بعض الأحكام(١١)،

مقتضى النص، والطول إنما يتصور فى الحر لا فى العبد.(عبد)

(١) قوله: "أثرا إلخ" والدليل عليه أن الشارع جعل العقوبة المقدرة فى حق الحرة منصفة فى حق الأمة، كما فى الزنا، والعقوبة فى مقابلة النعمة، فيلزم أن النعمة فى حق الأمة منصفة، بل فى كل رق، ومحلية النكاح نعمة، فتكون منصفة فى حقها، ولما كانت الحرة صالحة للنكاح فى جميع الأحوال جعل المحلية فى حق الأمة فى نصف من أحوالها، وجميع الأحوال هو الانفراد والاجتماع، فاختير حالة الانضمام؛ إذ لا معنى لأن يجوز الانضمام، ولا يجوز الانفراد؛ إذ فيه إهانة الشريفة دون الخسيسة.والمراد من الانفراد الانفراد فى حدوث النكاح بمعنى أن ينكح، وليس تحتها حرة، والانضمام مقابله، وذلك بأن ينكح أمة بعد حرة، أو ينكحهما معًا. (عبد)

(٢) قوله: على ما نقرره فى الطلاق إلخ" فقال: طلاق الأمة ثنتان إلى قوله: لأن حل المحلية نعمة فى حقها، وللرق أثر فى تنصيف النعمة. (د)

(٣) وهى إذا تزوج الأمة فقط. (ب)

(٤) وهى إما بالجمع بين الأمة والحرة فى النكاح، أو تزويج الأمة على الحرة. (ب)

(٥) الأمة.

(٦) رواه الطبرى، كذا فى "فتح القدير". (ب)

(٧) قوله: "ولأنها [الحرة] من المحلّلات إلخ" بدليل قوله تعالى: ﴿أحل لكم ما وراء ذلكم﴾، وقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾. (عبد)

(٨) فإن الحرة مطلقة.

(٩) قوله: "وهو المحرم [أى التزوج على الحرة]" مشكل، إذ المحرم لو كان هذا لصح نكاحها مع الحرة؛ لأنه ليس بتزوج عليها أيضًا. (د)

(١٠) قوله: "لم يحنث بهذا [أى بهذا التزوج]" إن قيل: ما الفرق بين الجمع بين الأختين، وبين ما ههنا،

فيبقى المنع احتياطًا، بخلاف اليمين؛ لأن المقصود⁽¹⁾ أن لا يُدخِل غيرها في قَسْمها⁽²⁾. وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء⁽³⁾، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك؛ لقوله تعالى⁽⁴⁾: ﴿فانكحوا ما طاب لكم⁽⁵⁾ من النساء مثنى وثلاث⁽⁶⁾ ورباع﴾، والتنصيص على العدد⁽⁷⁾ يمنع الزيادة⁽⁸⁾ عليه. وقال الشافعي: لا يتزوج إلا أمة واحدة؛ لأنه⁽⁹⁾ ضروري عنده، والحجة عليه ما تلونا⁽¹⁰⁾؛ إذ الأمة المنكوحة⁽¹¹⁾ ينتظمها اسم النساء، كما في

وأجيب بأن النكاح عليها أخص من الجمع، فإن معناه الجمع في جميع أحوال النكاح. (عبد)

(١١) كالنفقة والسكنى.

(١) قوله: "لأن المقصود [أي مقصود الحالف] إلخ" فإذا تزوجها في العدة، فما أشرك غيرها فلا يحنث؛ ولأن المعتبر في اليمين العرف، ولا يسمى متزوجا عليها بعد البينونة عرفا، فلا يحنث. (د)

(٢) نصيبها.

(٣) قوله: "من الحرائر والإماء" العطف سابق على الحكم، فيشمل الأربع من الحرائر وحدها، ومن الإماء وحدها، ومن الجمع بينهما بأن يكون بعضا من الأحرار، وبعضا من الإماء. (عبد)

(٤) ﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا﴾ الآية.

(٥) أي ما كان محبوبًا لكم. (عبد)

(٦) قوله: "مثنى وثلاث إلخ" ليس الواو بمعنى أو، كما توهم بعضهم، وإلا لزم أن يكون لهم الخيار بين واحد من تلك الأمور، ولا يجوز لهم العدول إلى غيره، فالواو بالمعنى الأصلي أعني الجمعية المطلقة، وحاصله أنه لا يجوز لهم التجاوز عن الأربعة. (عبد)

(٧) قوله: "والتنصيص إلخ" أي التنصيص على هذا الوجه يمنع الزيادة عرفا، يقال: كل لقمة ولقمتين وثلاثا، أو نقول: التنصيص على العدد ههنا يمنع الزيادة لصرف الوجوب المستفاد من الأمر إليه؛ لتعذر صرفه إلى النكاح، فيجب محافظة العدد عند النكاح، ومن ضرورته حرمة الزيادة، فلا يرد أن التنصيص بالشيء لا يقتضي نفي ما عداه، عددا كان أو غيره. (د)

(٨) قوله: "يمنع الزيادة" قال ابن أبي ليلى والروافض: إنه يجوز الجمع إلى التسعة، وذلك يحصل من جمع الاثنين، والثلاثة، والأربعة، ولا يخفى أن المقصود لو كان كذلك لم يؤد بمثل هذه العبارة. (عبد)

(٩) أي لأن نكاح الأمة.

(١٠) يعني قوله: ﴿فانكحوا﴾ إلخ. (ب)

(١١) قوله: "إذ الأمة المنكوحة" أي الصالحة للنكاح، وفيه احتراز عن الأمة المملوكة بملك اليمين، فإنها غير داخلة في الآية لحرمة نكاحها. (د)

الظهار[١]. ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنين، وقال مالك: يجوز[٢]؛ لأنه في حقّ النكاح بمنزلة الحر عنده[٣]، حتى ملَكه[٤] بغير إذن المولى. ولنا أن الرق[٥] منصِّف، فيتزوج العبدُ اثنتين، والحرُّ أربعًا إظهارًا لشرف الحريّة. قال: فإن طلق الحر[٦] إحدى الأربع طلاقًا بائنًا[٧] لم يجز له أن يتزوج رابعة، حتى تنقضي عدتها[٨]، وفيه خلاف الشافعي[٩]، وهو نظير نكاح الأخت[١٠] في عدة الأخت. قال[١١]: وإن تزوج حُبلى من زنا[١٢] جاز النكاح، ولا يطأها حتى تضع حملها، وهذا عند أبي حنيفة

(١) قوله: "كما في الظهار" فإن آيته مذكورة بلفظ النساء، وتتناول الأمة المنكوحة. (عناية)

(٢) أكثر من اثنين. (ب)

(٣) لأن ملك النكاح من خواص الآدمية والرق لا يؤثر فيها. (ب)

(٤) النكاح.

(٥) قوله: "ولنا أن الرق إلخ" فإن قلت: العبد في أمر النكاح مبقى على أصل الحرية، فيجب أن يكون كالحر. قلت: نعم، لكن النكاح من الكرامات البشرية، والرق يوجب نقصانا فيها، ليتنصف نعمة النكاح إظهارا لشرف الحرية، ونقصان تمكن بالرق.

فإن قلت: ﴿فانكحوا ما طاب لكم﴾ مطلق يتناول الحر والعبد، قلت: نعم، لكنا قيدناه بالمقدمة الإجماعية إذ الإجماع منعقد على أن الرق منصف. (إله داد)

(٦) قوله: "فإن طلق الحر إلخ" والعبد إذا طلق إحدى امرأتيه لا يجوز له أن يتزوج غيرها، حتى تنقضي عدتها. (د)

(٧) قوله: "طلاقًا بائنًا" قيد بالبائن ليترتب عليه خلاف الشافعي؛ إذ هو لا يخالفنا في الرجعي، أو ليثبت الحكم في الرجعي بالطريق الأولى. (د)

(٨) قوله: "حتى تنقضي إلخ" هذه صورة يكون فيها للرجل العدة، فإنه يلزمه أن يتوقف عدة الزوجة. (عبد)

(٩) فإن عنده يجوز لانقطاع النكاح.

(١٠) قوله: "وهو نظير إلخ" أي اختلافا وتعليلا، أما الاختلاف فمذكور، وأما التعليل فهو أن نكاح المعتدة باقٍ حكمًا لبقاء بعض أحكامه كالنفقة، والمنع، والفراش، فلو تزوج رابعة لازداد عددهن على الأربع. (د)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(١٢) قوله: "حبلى إلخ" أراد بالحبلى من الزنا من لا يكون حملها ثابت النسب من أحد، حيث وقع ذلك بمقابلة قوله: فإن كان الحمل ثابت النسب. (د)

ومحمد، وقال أبو يوسف: النكاح فاسد[(١)]. وإن كان الحمل ثابت النسب[(٢)]، فالنكاح باطل بالإجماع، لأبي يوسف أن الامتناع في الأصل[(٣)] لحرمة الحمل، وهذا الحمل[(٤)] محترم؛ لأنه لا جناية منه، ولهذا[(٥)] لم يجز إسقاطه[(٦)]. ولهما أنها[(٧)] من المحلّلات بالنص[(٨)]، وحُرمةُ الوطءِ كي لا يسقي[(٩)] ماءه زرعَ غيره[(١٠)]، والامتناع[(١١)] في ثابت النسب لحق صاحب الماء[(١٢)]، ولا حرمة للزاني[(١٣)].

---

(١) قوله: "النكاح فاسد" أي باطل، فإنه لا فرق بين فاسد النكاح وبطلانه، بخلاف البيع مثلا. (عبد)

(٢) قوله: "ثابت النسب" سواء كانت معتدة، أو حاملا من السبي، كما سيجيء، أو غير ذلك. (عبد)

(٣) قوله: "أن الامتناع [أي امتناع النكاح] في الأصل" أي المقيس عليه، وهو ما إذا كان الحمل ثابت النسب لحرمة الحمل كي لا يدعى إلى شخصين، ولا يسقى من ماء غير ماء أبيه، فإن النكاح قد يفضي إلى ذلك. (ع)

(٤) أي ما هو من الزنا.

(٥) أي لاحترامه.

(٦) قوله: "لم يجز إسقاطه" أي بالمعالجة، وهذا إذا استبان خلقه، وإن كان غير مستبين الخلق يجوز، أما في زماننا يجوز وإن استبان الخلق، وعليه الفتوى. (د)

(٧) الحبلى من الزنا.

(٨) أي قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾.

(٩) قوله: كي لا يسقي إلخ" وذلك منهي عنه؛ لقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره». (د)

(١٠) قوله: "ماءه إلخ" جعل الماء ساقيا مجاز، والساقي هو الرجل، والسقي باعتبار أن الحمل يزيد سمعه وبصره بالمني، كما يدل عليه الحديث، وقيل: يحصل منه شعره. إن قيل: الحنفية ذهبوا إلى أن رأس الرحم يكون مسدودا بعد أن استقر فيه المني، فكيف يصح القول بالسقي، ولهذا قالوا: إن الحامل لا يكون له الحيض.
قلنا: يجوز أن يكون بالترشح، إن قيل: إذا جاز في المني الدخول بالترشح يجوز أن يخرج الدم أيضًا بالترشح، قلنا: لا نسلم الشرطية، فإن في الرحم قوة جاذبة للمني، وقوة ماسكة للدم للولد. (عبد)

(١١) جواب عن قول أبي يوسف.

(١٢) قوله: "لحق صاحب الماء" وهو أبو الحمل، فإن هذه المرأة في نكاحه من وجه، وقوله: والامتناع إلخ، منع لما ادعاه بأنا لا نسلم أن ذلك للحمل بل لصاحب الماء. (عبد)

(١٣) قوله: "ولا حرمة للزاني" الحمل محترم لكونه آدميا، واحترامه يقتضي أن لا يجوز نكاح الحبلى من

فإن تزوّج حاملا من السبى، فالنكاح فاسد؛ لأنه ثابت النسب(١)، وإن زوّج أمّ ولده(٢)، وهى حامل منه(٣)، فالنكاح باطل؛ لأنها فراش لمولاها(٤)، حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دِعْوة(٥)، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين(٦) إلا أنه غير متأكد(٧)، حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان، فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل.

قال: ومن وطئ جاريتَه(٨)، ثم زوجها جاز النكاح؛ لأنها ليست بفراش(٩) لمولاها، فإنها لو جاءت بولدٍ لا يثبت نسبه(١٠) من غير دِعوَةٍ، إلا أن عليه(١١) أن يَستبرئها(١٢) صيانةً لمائه(١٣).

الزنا ولا وطئها، كما قال أبو يوسف:، وعدم احترام الزانى يقتضى أن يجوز النكاح والوطئ، فأجيز النكاح دون الوطئ عملا بالجهتين. (د)

(١) قوله: "لأنه [الحمل] ثابت النسب" لأن الغالب فى حالهم النكاح، وإن احتمل أن يكون من الزنا، والنكاح حال الكفر معتبر قبل الإسلام. (عبد)

(٢) أى من ولدت ولدا منه مرة. (عبد)

(٣) وإنما يكون الحمل منه إذا أقربه. (عناية)

(٤) قوله: "لأنها فراش إلخ" الفراش أن تكون المرأة بحيث إذا ولدت لم يحتج فى ثبوت ولدها إلى دعوة. (عبد)

(٥) دعوت بالكسر به پسري خواندن ودر نسب دعوى نمودن. (غياث)

(٦) فيلزم اختلاط النسب. (عبد)

(٧)قوله: "إلا أنه [أى أن ثبوت نسب ولد أم الولد] إلخ" أى فإن قيل: لو كانت فراشًا لبطل نكاحها بلا حمل أيضًا. أجاب عنه بقوله: إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان، فكان فراشًا ضعيفًا، فلايعتبر ما لم يتصل به الحمل؛ لأن الحمل مانع فى الجملة،وكذلك الفراش، فعند اجتماعهما يحصل التأكد. (ع)

(٨) قوله: "ومن وطئ جاريته إلخ" الظاهر أنه مخصوص بما إذا لم تكن حاملا كما يفهم من قوله: وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها، إذا الوطئ مخصوص بغير الحبلى. (عبد)

(٩) قوله: "لأنها ليست بفراش" أى الفراش المعتبر ههنا، وإن كانت فراشا لكنه ضعيف، ولا يعتبر الفراش الضعيف ههنا. (عبد)

(١٠) من المولى.

(١١) قوله: "إلا أن عليه [أى على المولى. ع] أن يستبرئها" أى قبل النكاح أراد به الاستحباب،

وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا أُحبُّ له[1] أن يطأها قبل أن يستبرئها؛ لأنه احتمل[2] الشغل بماء المولى، فوجب[3] التنزه، كما في الشراء[4].

ولهما أن الحكم بجواز النكاح[5] أمارةُ الفراغ[6]، فلا يؤمر بالاستبراء[7] لا استحبابا ولا وجوبًا، بخلاف الشراء[8]؛ لأنه يجوز مع الشغل[9]، وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوجها، حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما. وقال محمد: لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها، والمعنى[10] ما ذكرنا.

لا الوجوب، كما هو المتبادر. (عبد)

(١٢) قوله: "أن يستبرئها [الاستبراء: طلب براءة الرحم عن الولد]" وعند زفر لا يجوز النكاح، حتى تحيض ثلاث حيض، وعند الشافعي لا يجوز حتى يستبرئها بحيضة. (د)

(١٣) المولى.

(١) قوله: "لا أُحب له" المراد منه المعنى العرفي أي المحبوب والمستحب، والمجتهد إذا قال: لا أحب، أو أحب في مقابله مجتهد يريد أني أحكم بهذا. (عبد)

(٢) قوله: "لأنه احتمل إلخ" ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطئ حراما. (ع)

(٣) أي ثبت. (عناية)

(٤) فإن الموجب للاستبراء فيه احتمال الشغل. (عناية)

(٥) أي إذا لم يوجد دليل صريح على الشغل كالحبل.

(٦) عن ماء المولى.

(٧) قوله: "فلا يؤمر بالاستبراء إلخ" إذ الحكم لا يثبت بلا سبب، وإنما قدم الاستحباب؛ لأن الخصم يقول به، فكان نفيه أهم. (عناية)

(٨) جواب عن قياس محمد.

(٩) قوله: "مع الشغل" أي من غير المولى بالنكاح. (د)

(١٠) قوله: "والمعنى" أي الدليل ما ذكرنا من أن جواز النكاح أمارة الفراغ، وفيه أن هذا إنما يصح إذا لم يصح مع عدم الفراغ مع أنه جائز، كما مر في الحبلى من الزنا، ولقائل أن يقولْ: إن جواز النكاح أمارة الفراغ لكن لم يعمل بمقتضاها لوجود الصريح. (عبد)

ونكاح المُتعة[١] باطل، وهو[٢] أن يقول لامرأة: أتمتع بك كذا مدة[٣] بكذا من المال. وقال مالك[٤]: هو جائز[٥]؛ لأنه كان مباحًا، فيبقى إلى أن يَظهر ناسخه. قلنا: ثبت النسخ[٦] بإجماع الصحابة[٧]*، وابنُ عباسٍ[٨] صح رجوعُه إلى قولهم[٩]، فتقرر الإجماع.

والنكاح الموقت باطل[١٠] مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين[١١] إلى

(١) أى نكاح يحصل بلفظ التمتع. (عبد)

(٢) قوله: "وهو أن" قال شيخنا زيد الدين العراقي في "شرح جامع الترمذي": نكاح المتعة حرام، إذا ذكر التوقيت فيه، وإذا كان فى نية الزوج أنه لا يقيم معها إلا سنة أو شهرا أو نحو ذلك، ولم يشترط ذلك، فإنه نكاح صحيح. (ب)

(٣) قوله: "كذا مدة" ظاهر التفسير يدل على أن المدة معتبرة فيها، ويدل عليه أيضًا قوله الآتي: أعنى لأن التأقيت هو المتعة، ومن "النهاية" يفهم أن تعيين الوقت ليس مأخوذًا فيه؛ لأنه باطل مطلقًا. (عبد)

(٤) قوله: "وقال مالك: هو جائز" نسبته إلى مالك غلط، ولا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار، إلا طائفة من الشيعة. (ف)

(٥) قوله: "هو جائز" قال الأكمل فى "العناية": معتذراً عن المصنف يجوز أن يكون شمس الأئمة الذى أخذ منه المصنف وجد قولا لمالك فى جواز ها. قلت: لم يذكر فى كتاب من كتب المالكية أنها تجوز مع أن مالكا روى فى "الموطأ" حديث على أن رسول الله نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعادته أن لا يروى حديثا فى "الموطأ" إلا وهو يذهب إليه، ويعمل به. (ب)

(٦) وكان ذلك الحكم ثابتًا ثلاثة أيام. (عبد)

(٧) قوله: "بإجماع الصحابة [وإن عامة الصحابة رووا نسخها. د]" أى يثبت كونه منسوخًا بالإجماع وليس معناه أن الإجماع ناسخ؛ إذ هو لا ينسخ النص. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٠ ص٥٧. (نعيم)

(٨) قوله: "وابن عباس إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أنا لا نسلم أن الإجماع ثابت؛ لأن ابن عباس مجتهد فى وقت الإجماع، وهو مخالف لما عداه، فكيف يصح القول بالإجماع على المذهب المختار، وهو عدم الاكتفاء بالأكثر، بل يجب اتفاق الكل. (عبد)

(٩) قوله: "صح رجوعه إلخ" فإن عليا رضى الله تعالى عنه قال له: أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه السلام حرم المتعة يوم خيبر، فرجع عما كان يعتقده بإباحته، وكان يقول: "اللهم إنى أتوب إليك من قولى فى المتعة والصرف". (إله داد)

(١٠) قوله: "والنكاح الموقت إلخ" الفرق بينه وبين المتعة أن فى النكاح الموقت لفظ التزوج، وفى المتعة لفظ التمتع مع تعيين الوقت فى كليهما. (عبد)

عشرة أيام. وقال زفر: هو صحيح لازم[١]؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة[٢]. ولنا أنه أتى بمعنى المتعة[٣]، والعبرة في العقود للمعاني[٤]، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت[٥] أو قصرت؛ لأن التأقيت هو المعيِّن لجهة المتعة، وقد وجد.

ومن تزوج امرأتين في عقدةٍ واحدة، وإحداهما لا يحل له نكاحُها، صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الأخرى؛ لأن المبطل في إحداهما، بخلاف[٦] ما إذا جمع بين حرٍ وعبدٍ في البيع؛ لأنه يبطل بالشروط الفاسدة[٧]، وقبول العقد في الحر[٨] شرطٌ فيه، ثم جميعُ المسمى للتي حل نكاحها[٩] عند أبي حنيفة، وعندهما يقسم على مهر مثليهما[١٠]،

---

(١١) قوله: "بشهادة شاهدين" إنما قال هذا: ليظهر أن بطلانه باعتبار التأقيت، لا باعتبار انتفاء الشهادة، وليصح ذكر خلاف زفر، فإنه يجوز صحته إذا كان هناك شاهدان. (عبد)

(١) أي يصير أبديا؛ لأن التوقيت باطل. (عبد)

(٢) الشرط الفاسد شرط ليس من مقتضى العقد. (عبد)

(٣)قوله: "أنه أتى إلخ" حاصله أن ما يصدق عليه المتعة باطل، والنكاح الموقت ليس من أفراد النكاح، بل هو من أفراد المتعة؛ إذ حاصله أني أتمتع في مدة كذا، كما يدل التأقيت، لا أنه نكاح وله شرط فاسد، كما ذهب إليه زفر. (عبد)

(٤) ألا ترى إلى أن الحوالة بشرط مطالبة الأصل كفالة، والكفالة بشرط البراءة حوالة. (ب)

(٥)قوله: "طالت مدة إلخ" كأن قال: ألف سنة، لاحتمال أن يبقى أكثر من ذلك، أما إذا قال: مدة حياتي، فليس ذلك تأقيتا باطلا؛ إذ النكاح لا يكون إلا في الحياة، ولا يتجاوز عنها. (عبد)

(٦) فإنه باطل في كليهما.

(٧) قوله: "لأنه يبطل بالشروط الفاسدة" بخلاف النكاح، فإنه لا يبطل بها. (عبد)

(٨)قوله: "وقبول إلخ" يعني أن البائع إذا جمع بين الحر والعبد في إيجاب البيع، فللمشتري أن يقبلهما أو يتركهما، وليس له أن يقبل في بعض المبيع دون بعض؛ إذ فيه تفرق الصفقة، وفيه ضرر للبائع، فإن من عادتهم ضم الجيد والردى، فصار قبول العقد في الحر شرطًا لقبول العقد في العبد، ولما كان الحر غير صالح للبيع، فقبول غير المبيع صار شرطًا للمبيع، وهذا شرط فاسد لا يقتضيه العقد، فيفسد البيع مطلقًا، والتفصيل في كتاب البيع. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٩) قوله: "للتي حل إلخ" لأن الانقسام من حكم صحة المقابلة، والمقابلة باطلة في حق من ليست بقابلة

وهي مسألة الأصل[١]. ومن ادعت عليه امرأة[٢] أنه تزوجها، وأقامت بيّنة[٣]، فجعلها القاضي امرأته، ولم يكن[٤] تَزَوَجها[٥] وسعها المُقَامُ معه[٦]، وأن تدعه يجامعها[٧]، وهذا عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف أولا، وفي قوله الآخروهو قول محمد: لا يسعه[٨] أن يطأها، وهو قول الشافعي، لأن القاضي أخطأ الحجة[٩]؛ إذ الشهود[١٠] كذبة، فصار[١١] كما إذا ظهرأنهم عبيد أو كفار. ولأبي حنيفة أن الشهود صَدَقَة[١٢] عنده[١٣]، وهوالحجة؛ لتعذر الوقوف[١٤] على حقيقة الصدق، بخلاف الكفر

فلغت الإضافة إليها، فصار التكلم به وعدمه بمنزلة، وصار هذا كقوله: تزوجت هذا الحمار، وهذه المرأة بألف، وهناك لا ينقسم، كذا ههنا. (د)

(١٠) قوله: "يقسم إلخ" لأن الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعيهما لا ببضع إحداهما، فلا يجعل مقابلا بإحداهما. (إله داد)

(١) أي المبسوط. (عبد)

(٢) قوله: "ومن ادعت [هذه مسألة "الجامع الصغير"] إلخ" ولقب المسألة بقضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ، فعند أبي حنيفة ينفذ ظاهرا و باطنا، والمعنى من النفاذ باطنا ثبوت الحل فيما بينهما وبين الله تعالى.(ن)

(٣) مع إنكاره.

(٤) الواو حالية.

(٥) أي في الواقع.

(٦) قوله: "وسعها إلخ" فإن حكم القاضي بمنزلة إنشاء النكاح، أو حكم القاضي يجعل النكاح ثابتا في الماضي من الزمان بحكم الاقتضاء. (عبد الغفور)

(٧) أي وسعها أن تترك الرجل.

(٨) وعلى هذا الخلاف حكم بيع الجارية. (بناية)

(٩) أي جعل ما لم يكن حجة حجة. (عبد)

(١٠) بفتحات جمع كاذب. (ب)

(١١) قوله: "فصار إلخ" أي الخطأ في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا، كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار. (ع)

(١٢) جمع صادق. (ب)

(١٣) لأن الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرحهم. (عناية)

(١٤) قوله: "لتعذر الوقوف إلخ" فبني الأمر على كون الشهود صدقة عنده، بخلاف الكفر والرق، فالفرق

والرق[١]؛ لأن الوقوف عليهما متيسر[٢]، وإذا ابتنى القضاء على الحجة، وأمكن تنفيذه[٣] باطنًا بتقديم النكاح[٤] نُفّذ قطعًا للمنازعة، بخلاف الأملاك المرسلة[٥]؛ لأن في الأسباب تزاحمًا[٦] فلا إمكان[٧] والله أعلم.

باب[٨] في الأولياء والأكفاء[٩]

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي،

بين شهادة الزور، وظهور الرق والكفر في الشاهد مبني على أنه يسقط من القاضي ما لا طريق له إلى معرفة حقيقته، ولا يسقط عنه معرفة ما يمكن الوقوف عليه.

(١) جواب عن قولهما، فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد، أو كفار. (ف)

(٢) بالأمارات. (عناية)

(٣) قوله: "وأمكن تنفيذه" إما بأن يجعل هذا القول من القاضي إنشاء للنكاح، أو ثبت بالاقتضاء إذا كان محمولا على الخبر. (عبد)

(٤) قوله: "بتقديم النكاح [أي على سبيل الاقتضاء. ب]" وذلك أن القاضي مأمور بالقضاء بما في وسعه عند قيام الحجة، والذي في وسعه أن يجعلها زوجة له بطريق الإظهار إن كان بينهما عقد سابق، وبطريق الإنشاء إن لم يكن، فإن قيل: لو كان قضاءه إنشاء العقد، لاشترط حضرة الشهود عنده.
قلنا: عند البعض يشترط، وإليه مال شمس الأئمة، وعند البعض لا يشترط؛ لأن إنشاء العقد لا يثبت مقصودا، بل مقتضى لصحة قضاءه في الباطن، وما يثبت مقتضى لا يراعى شرائطه، كذا في الشرح. (إله داد)

(٥) قوله: "الأملاك المرسلة" أي المطلقة عن إثبات سبب الملك، بأن ادعى ملكا مطلقًا في الجارية، أو الطعام من غير تعيين شراء أو إرث، حيث ينفذ القضاء ظاهرًا لا باطنًا بالاتفاق، حتى لا يحل للمقضى له وطئها. (نهاية)

(٦) قوله: "لأن في الأسباب تزاحما" أي إنما لا يوجب الملك الباطني ههنا؛ لأن وجود الملك الذي هو المسبب بدون السبب محال، والسبب متعدد كالهبة والإرث والشراء، ولها أحكام مختلفة، ولا يجوز أن يثبت سبب باقتضاء حكم القاضي لمعارضة بعض الأسباب بعضا، فيلزم الترجيح من غير مرجح، ولما لم يمكن تقدير السبب لم يمكن تقدير المسبب بحسب الواقع. (عبد)

(٧) قوله: "فلا إمكان" بخلاف النكاح، فإن طريقه متعين من الوجه الذي قال، فيمكن إثباته وتنفيذه. (ع)

(٨) قوله: "باب إلخ" لما فرغ من المحرمات التي كان خلو المرأة منها شرط جواز النكاح، شرع في بيان باب الأولياء والأكفاء التي هي أحد شرائط النكاح، فقدم بيان المحرمات، إما لأن عامتها ثابتة بالكتاب، أو لأن حل المحلية شرط جواز النكاح بالاتفاق، بخلاف الأولياء والأكفاء. (نهاية)

(٩) قوله: "في الأولياء إلخ" الولي من الولاية، وهي تنفيذ الأمر على الغير، والأكفاء جمع كفؤ، وهو النظير والمساوي. (مج)

بكرًا كانت أو ثيبًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية .

وعن أبي يوسف رح أنه لا ينعقد إلا بولي[١] ، وعند محمد ينعقد[٢] موقوفًا[٣] . وقال مالك والشافعي : لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا ؛ لأن النكاح يراد لمقاصده[٤] ، والتفويض إليهن مُخلّ بها[٥] ، إلا أن محمدًا[٦] يقول : يرتفع الخلل بإجازة الوليّ . ووجه الجواز أنها تصرّفت في خالص حقّها[٧] ، وهي من أهله[٨] لكونها عاقلةً مميزةً ، ولهذا[٩] كان لها التصرّف في المال ، ولها اختيارُ الأزواج[١٠] ، وإنما يطالب الولي بالتزويج[١١] ؛ كي لا تُنْسَب إلى الوقاحة[١٢] .

ثم في ظاهر الرواية ، لا فرق بين الكفؤ وغير الكفؤ ، لكن للولي[١٣]

---

(١) أي بعبارة ولي وعقده، سواء كان الولي رجلا أو امرأة. (إله داد)

(٢) سواء كان كفؤًا أو لا. (ب)

(٣) على إجازة الولي.

(٤) قوله: "لأن النكاح يراد إلخ" فيه بحث، فإنه لا يقتضي عدم اعتبار العبارة مطلقًا، بل يجوز أن يتوقف على إذن الولي. (عبد)

(٥) لأنهن سيئات الاختيار. (ب)

(٦) قوله: "أن محمدًا" تقرير ما قاله محمد: إن الضرر الموهوم ينتفي بإجازة الولي، ولا خلل في نفس العقد، فيصح موقوفًا. (بناية)

(٧) حتى كان البدل لها. (ب)

(٨) التصرف.

(٩) أي لكونها عاقلة مميزة.

(١٠) قوله: "ولها اختيار الأزواج" بأن تقول: لا أريد هذا بل أريد ذلك. (عبد)

(١١) قوله: "وإنما يطالب الولي بالتزويج" أي شرعًا وعرفًا، وإنما يعتد العرف لاعتبار التعامل في بعض المواضع، وهو جواب سؤال. (عبد)

(١٢) قوله: "إلى الوقاحة" وقح الرجل إذا صار قليل الحياء، بالفارسي الوقاحة: شوخ چشم گشتن. (عبد)

(١٣) لدفع ضرر العار عن الولي.

الاعتراض[١] فى غير الكُفُؤ.

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز فى غير الكفؤ[٢]؛ لأنه كم من واقع لا يرفع[٣]، ويروى[٤] رجوعُ محمد إلى قولهما[٥].

ولا يجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح[٦]، خلافًا للشافعى، له الاعتبار[٧] بالصغيرة[٨]، وهذا[٩] لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة، ولهذا[١٠] يقبض الأب صَداقَها[١١] بغير أمرها.

ولنا أنها حرة فلا يكون للغير عليها ولاية الإجبار، والولاية[١٢] على الصغيرة لقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب، فصار كالغلام[١٣]، وكالتصرف فى المال[١٤]، وإنما[١٥] يملك الأب قبض الصداق

---

(١) أى الفسخ. (عبد)

(٢) قال قاضى خان: هذا أصح.

(٣) قوله: "لأنه كم من واقع لا يرفع" فليس كل ولى يحسن المرافعة إلى القاضى، ولا كل قاضٍ يعدل.

(٤) قوله: "ويروى رجوع إلخ" يعنى ينعقد نكاحها عنده أيضًا بلاولى، ولا يتوقف على الإجازة.(ع)

(٥) قوله: "رجوع محمد إلى قولهما" أى فى أصل المسألة، وليس المراد منه ما روى عنهما بقوله: وعن أبى حنيفة وأبى يوسف إذ لفظ القول يأبى عنه، فإن المتبادر منه أنه أصل المسألة.(عبد)

(٦) أى أن يزوج بغير رضاها. (عبد)

(٧) القياس.

(٨) فإن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوج كرها، فكذا البالغة. (ب)

(٩) أى الاعتبار بها. (ب)

(١٠) أى لجهلها.

(١١) مهرها.

(١٢) جواب عن القياس.

(١٣) قوله: "فصار كالغلام" فإنه إذا كان له كمال العقل كان له الولاية. (عبد)

(١٤) فإنها مختارة فى التصرف فى مالها.

(١٥) قوله: جواب عن قوله: ولهذا يقبض الأب. (ب)

برضاها دلالة[١]، ولهذا لا يملك[٢] مع نهيها. قال[٣]: وإذا استأذنها[٤] الوليّ، فسكتت[٥]، أو ضحكت، فهو إذن؛ لقوله عليه السّلام[٦]: «البكر تُستأمر[٧] في نفسها فإن سكتت فقد رضيت»[٨]*، ولأن جهة الرّضاء فيه[٩] راجحة؛ لأنها تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الردّ، والضحكُ أدلُّ على الرضا[١٠] من السكوت، بخلاف ما إذا بكت؛ لأنه دليل السَخَط[١١] والكراهة، وقيل[١٢]: إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا، وإذا بكت بلا صوتٍ لم يكن ردًا.

(١) قوله: "دلالة" أي ظاهر الحال بأن يأخذ المال لأجلها. (عبد)

(٢) الأب.

(٣) أي القدوري. (ب)

(٤) أي البكر البالغة. (عبد)

(٥) اختيارًا.

(٦) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" الرواية الثابتة في صحيح مسلم وأبي داؤد والترمذي والنسائي، ومالك في "الموطأ" «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»، والأيم من لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا. (ف)

(٧) قوله: "تستأمر [الخبر من الشارع في أمثال هذا الموضع بمنزلة الأمر] إلخ" أي يطلب في حق نفسها الأمر والإجازة، وحق نفسها هو النكاح، وأما في حق غير نفسها كالمال فلا حاجة إلى التعريض؛ لأنه لا مدخل للولي هناك بخلاف النكاح، فإن الناس يطلبون من الولي. (عبد)

(٨) غريب بهذا اللفظ. (ب)

* من حديث ابن عباس راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٤١ ص٥٩. (نعيم)

(٩) أي في السكوت والضحك.

(١٠) قوله: "أدل على الرضا" لأن دلالته فعلية، وهي أقوى من اللفظية. (عبد)

(١١) قوله: "السخط [ناخشنود شدن. م]" أي سخط التكلم بأمثال هذه الكلمات لا سخط النكاح؛ إذ لم يقع نكاح حتى يسخط. (عبد)

(١٢) قوله: "وقيل إلخ" اعلم أن عبارة محمد هي إطلاق الضحك والبكاء، وبعضهم خص بغير المستهزئة، والبكاء بأن لا يكون مع صوت؛ إذ لو كان من المستهزئة أو مع الصوت يدل على عدم الرضا، أما إذا كان من غير المستهزئة أو بلا صوت فيدل على الرضا. (عبد)

قال[١]: وإن فعل هذا غير الولى يعنى استأمر غيرُ الولىّ، أو ولىٌّ غيره أولى[٢] منه، لم يكن رضا[٣] حتى تتكلم به؛ لأن هذا السكوت لقلّة الالتفات إلى كلامه[٤]، فلم يقع دلالةً على الرضا، ولو وقع[٥] فهو محتمل، والاكتفاء بمثله للحاجة، ولا حاجة فى حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان المستأمِر رسولَ الولىّ؛ لأنه قائم مقامه[٦].

وتُعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجهٍ تقع به المعرفة[٧]؛ لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه، ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح[٨]؛ لأن النكاح صحيح بدونه[٩]، ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت، فهو على ما ذكرنا[١٠]؛ لأن وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف، ثم المخبر[١١] إن كان

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(٢) أقرب.

(٣) قوله: "لم يكن رضا" أى لم يكن فعله رضا حتى تتكلم. (عبد)

(٤) قوله: "لقلة الالتفات إلخ" وذلك لأنه لا يتعلق أمر الخطاب به، فلا تبالى بكلامه، فيدل سكوتها على عدم المبالاة، ولا يدل على الرضا أصلا. (عبد)

(٥) قوله: "ولو وقع إلخ" أى لو سلم وقوع الدلالة على الرضا، فهو محتمل أى يحتمل الدلالة على عدم الرضا، وإنما يعتبر ما يحتمل الوجهين إذا كان هناك ضرورة، ولا ضرورة ههنا؛ إذ غير الأولياء غير متعين للخطابة، وليس من شأن الغير رجوع الناس إليه، فلا يعتبر فى حق السكوت. (عبد الغفور)

(٦) قوله: "قائم مقامه" [أى الولى] فحكمه حكم الولى.

(٧) قوله: "على وجه تقع به إلخ" أى على وجه شخص يمتاز عن غيره، وإنما احتيج إليه؛ لأن النكاح لا يقع إلا على معين، ولا يتعلق بمبهم، فيجب أن يعين. (عبد)

(٨) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول من قال من المتأخرين: لا بد من تسمية المهر فى الاستئمار؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق فى القلة والكثرة. (عناية)

(٩) قوله: "صحيح بدونه" لأن تعيين المهر ليس من ضروريات النكاح. (عبد)

(١٠) قوله: "فهو على ما ذكرنا" أى إن كان المجيز وليها أو رسوله يعتبر السكوت، وإلا فلا. (عبد)

(١١) قوله: "ثم المخبر إلخ" الحاصل أن هذا القول خبر، وله حيثية الشهادة، فمن حيث إنه خبر يبقى أن لا يعتبر ما يعتبر فى الشهادة، ومن حيث إنه شهادة ينبغى أن يعتبر فيه ما اعتبر فى الشهادة، وهو أحد الأمرين من

فضوليا[١] يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة، خلافا لهما[٢]، ولو كان رسولا[٣] لا يشترط إجماعًا، وله نظائر[٤].

ولو استأذن الثيب[٥]، فلا بد من رضاها بالقول؛ لقوله عليه السّلام[٦]: «الثيب تشاور[٧]»*، ولأن النطق[٨] لا يُعدُّ عيبا منها، وقلَّ الحياءُ بالممارسة، فلا مانع من النطق في حقّها. وإذا زالت بكارتها بوثْبَة[٩] أو حيضة[١٠] أو جراحة أو تعنيس[١١] فهي في حكم الأبكار[١٢]؛ لأنها بكرٌ

العدالة والعدد، وأما هما فيقولان: إنه خبر محض، فلا حاجة إلى اشتراط أحد الأمرين. (عبد)

(١) أي لا وليا ولا رسوله.

(٢) فإن عندهما الإخبار كافٍ بغير شرط. (ب)

(٣) من الولي.

(٤) قوله: "وله نظائر" أي لما نحن فيه نظائر من عزل الوكيل وحجر المأذون، فإنه يشترط في اعتبار العزل والحجر من اعتبار أحد الأمرين، وأما هما فلا يشترطان. (عبد)

(٥) البالغة.

(٦) قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى مسلم عن ابن عباس مرفوعا «الثيب أحق بنفسها من وليها»، كذا قال الزيلعي.

(٧) قوله: "تشاور" المشاورة مفاعلة من المشورة، وهي طلب الرأي بالقول، فيجب أن يكون من أحد الجانبين قولا، والمفاعلة تقتضي أن تكون من طرف آخر أيضًا كذلك، فتعين من الجانب الآخر أيضًا القول، فمقتضى الحديث هو التكلم، وهو الأصل، ولا يعدل عنه إلا لضرورة ولا ضرورة ههنا، بخلاف البكر بورود حديث السكوت. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ض١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٤ ص٦٢. (نعيم)

(٨) قوله: "ولأن النطق إلخ" حاصله أن للبكر حياء؛ لأن التكلم يعد عيبا، وليس في الثيب العيب ولا الحياء مانع عن النطق، ولما ارتفع المانع، وكان المقتضي موجودا، وهو أصالة النطق اعتبر بالأصل. (عبد)

(٩) قوله: "بوثبة [برجستن]" هي الحركة من فوق، والطفرة: الحركة إلى فوق، والتعنيس: طول المكث حتى يزول بكارتها. (عبد)

(١٠) لكثرتها. (عبد)

(١١) من عنست عنوسا إذا جاوزت وقت التزويج، فلم تتزوج. (عيني)

(١٢) قوله: "فهي في حكم الأبكار" المراد من الأبكار الأبكار العرفي، وفي قوله: بكر، البكر اللغوي.(ع)

حقيقة؛ لأن مصيبَها[١] أولُ مُصيبٍ لها، ومنه الباكورة والبُكرة[٢]، ولأنها تستحيي لعدم الممارسة. ولو زالت بكارتها بزنا، فهي كذلك[٣] عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يكتفى بسكوتها؛ لأنها ثيبٌ حقيقة؛ لأن مصيبَها[٤] عائدٌ إليها، ومنه المَثُوبة والمَثَابة والتثويب[٥]. ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكرا، فيعيبونها بالنطق، فتمتنع[٦] عنه، فيكتفى بسكوتها كي لا تتعطل عليها مصالحها[٧]، بخلاف[٨] ما إذا وُطئت[٩] بشبهة، أو نكاح فاسدٍ؛ لأن الشرع أظهره حيث علّق به أحكامًا، أما الزنا فقد نُدِب إلى ستره، حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها. وإذا قال الزوج: بلغك النكاح فسكتِّ، وقالت: رددتُ،

(١) قوله: "لأن مصيبها إلخ" يعنى إنما سميت به؛ لأنها بحيث لو أصابها رجل كان أول مصيب لها، والبكر إنما سميت بهذا الاعتبار. (عبد)

(٢) قوله: "ومنه الباكورة والبكرة" وهما مشتقان من البكر لاشتراكهما فى اللفظ والمعنى؛ لاشتمالهما على الأولية، فإن الباكورة أول فاكهة، يقال بالفارسية: نو باده، والبكرة أول الصباح. (عبد)

(٣) أى فى حكم الأبكار.

(٤) قوله: "لأن مصيبها إلخ" يعنى إنها بحيث لو أصابها رجل لعادت الإصابة، وفى العبارة أدنى شيء، وهو أن المصيب الأول لا يلزم أن يعود، ولعل المراد عود جنس المصيب لا شخصه، أو المراد عود كونها مصابة. (ع)

(٥) قوله: "ومنه المثوبة إلخ" المثوبة جزاء العمل، وإنما سمى به؛ لأنها لما ترتب الجزاء كأنه عاد العمل، والمثابة محل العود إليه مرة بعد أخرى، ولهذا سمى مكة بمثابة؛ لأن الناس يعودون إليه، والتثويب إعلام بعد إعلام "كحى على الصلاة". (عبد)

(٦) وتستحيى.

(٧) من فقدان الزوج.

(٨) قوله: "بخلاف الخ [حيث تكون ثيبا بالإجماع. ب]" متصل بقوله: فيكتفى بسكوتها يعنى أن من وطئت بشبهة، أو بنكاح فاسد لا يكون إذنها بسكوتها؛ لعدم الحياء ثمه؛ لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما من لزوم العدة والمهر، وإثبات النسب، أما الزناء فقد ندب إلى ستره، حتى لو اشتهر حالها بإقامة الحد عليها، أو لصيرورته عادة لها لا يكتفى بسكوتها. (عناية)

(٩) فإنها ثيب.

فالقول قولها. وقال زفر: القول قولُه؛ لأن السكوت أصل[١] والردّ عارض، فصار كالمشروط[٢] له الخيار[٣] إذا ادعى الردّ بعد مضى المدة[٤].

ونحن نقول[٥]: إنه يدعى لزومَ العقد وتملكَ البُضع، والمرأة تدفعُه، فكانت منكرةً كالمودَع[٦] إذا ادعى ردّ الوديعة، بخلاف مسألة الخيار[٧]؛ لأن اللزوم قد ظهر بمضى المدة. وإن أقام الزوج البينةَ على سكوتها ثبت النكاح[٨]؛ لأنه نوّر دعواه بالحجة، وإن لم تكن له بينةٌ، فلا يمين عليها عند أبى حنيفة، وهى مسألة الاستحلاف[٩] فى الأشياء الستة[١٠]، وسيأتيك

(١) قوله: "لأن السكوت أصل إلخ" فيكون الزوج مدعى عليه، والزوجة مدعية؛ لأن المدعى عليه من يتمسك بالأصل، والمدعى من يتمسك بخلاف الأصل، والقول قول المدعى عليه ما لم يثبت دليل. (عبد)

(٢) قوله: "كالمشروط له الخ" [في البيع] أى لا يعتبر قوله، بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالإجماع؛ لأن السكوت هو الأصل، والرد عارض، فكان القول قول من يدعى السكوت. (نهاية)

(٣) ثلاثة أيام.

(٤) دون قبل المضى، فإنه يرد به. (عبد)

(٥) قوله: "ونحن نقول إلخ" وحاصله أن ظاهر الأمر وإن اقتضى أن يكون الزوج مدعى عليه، والزوجة مدعية، لكن بحسب المعنى يكون الأمر بالعكس، وذلك لأن الزوج ادعى النكاح وتملك البضع والزوجة تنكر ذلك بحسب المعنى، فالأصل عدم النكاح وتملك البضع. والمعتبر المعانى لا الألفاظ وظاهر الأمر، ولهذا إذا ادعى المودع للرد كان القول قوله، لا قول صاحب الوديعة؛ لأنه ينكر الضمان، وصاحب المال يريد منه الضمان.(ع)

(٦) فإن القول قوله. (ب)

(٧) قوله: "بخلاف مسألة الخيار [جواب عن قياس زفر]" يعنى إنما اعتبر الظاهر ههنا؛ لعدم معارض، بل لوجود ما يقويه، وهو مضى المدة، بخلاف مسألة النكاح، فإنه عارضه المعنى، والمعنى راجح. (عبد)

(٨) قوله: "ثبت النكاح" فإن قيل: هذه شهادة على النفى، أجيب بأن السكوت أمر وجودى، وهو ضم الشفتين، وعدم التكلم من لوازمه، ولئن سلم فالشهادة على النفى الذى يحيط به علم الشاهد مقبولة والسكوت كذلك، وفيه نظر للقطع بأن فاتح الفم إذا لم يكن ناطقا بشىء كان ساكتا مع عدم ضم الشفتين.
فعلم أن السكوت عبارة عن عدم التكلم عما من شأنه أن يتكلم، كما صرح به فى "المعارف شرح الصحائف"، وسيأتيك فى الأيمان مصرحا أن الشهادة على النفى غير مقبولة، وإن كان مما يحيط به علم الشاهد، وقد ذكرنا ذلك قبل كتاب النكاح أيضاً. (إله داد)

(٩) أى مسألة أن لا يحلف المدعى عليه عند أبى حنيفة، خلافاً لهما. (عبد)

(١٠) النكاح، والرجعة، والفيء فى الإيلاء، والرق، والاستيلاد، والنسب.

في الدعوى[(١)] إن شاء الله.

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الوليّ، بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا، والوليّ[(٢)] هو العصبة[(٣)]، ومالك يخالفنا في غير الأب[(٤)]، والشافعي في غير الأب والجد، وفي الثيب الصغيرة أيضًا.

وجه قول مالك: أن الولاية على الحرّة باعتبار الحاجة، ولا حاجة لانعدام الشهوة، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصًا[(٥)] بخلاف القياس، والجدُّ ليس في معناه[(٦)]، فلا يلحق به. قلنا: لا، بل هو[(٧)] موافقٌ للقياس؛ لأن النكاح[(٨)] يتضمن المصالح، ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة، ولا يتفق الكُفُؤُ[(٩)] في كل زمان، فأثبتنا الولايةَ في حالة الصغر إحرازًا للكُفْء[(١٠)].

وجه قول الشافعي: أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد؛ لقصور شفقته وبُعدِ قرابته[(١١)]، ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه

---

(١) أي في كتاب الدعوى في باب اليمين.

(٢) أي الولي في باب النكاح. (إله داد)

(٣) على ترتيب العصبات في الإرث. (عناية)

(٤) قوله: "يخالفنا إلخ" أي قال مالك: وليها الأب ليس إلا، حتى لو زوجهما الجد عند عدم الأب لا يجوز. وقال الشافعي: وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرا، فإن كانت ثيبا فلا ولاية عليها، حتى لو زوجها الأخ أو العم، أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرهًا، لا ينفذ النكاح. (عناية)

(٥) قوله: "ثبتت نصا [فلا يقاس عليه غيره. عناية] إلخ" فإن أبا بكر زوج عائشة رضى الله عنها من النبى ﷺ وهى بنت ست سنين، وصحح النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذلك. (عناية)

(٦) لأن شفقته أقل من شفقة الأب. (عبد)

(٧) أي ثبوت الولاية.

(٨) حاصله أن الحاجة لا تنحصر في الشهوة. (عبد)

(٩) هم جنس وهم نسب. (غياث)

(١٠) لكل من يتأتى منه الإحراز، أبا كان أو غيره. (عناية).

(١١) قوله: "وبعد قرابته" لا يقال: الابن أقرب من الجد؛ لأنا نقول: الابن لا يتصور ههنا؛ إذ الكلام في

أدنى رتبةً[١]، فَلان لا يملك التصرفَ فى النفس -وأنه[٢] أعلى- أولى[٣].

ولنا أن القرابة[٤] داعية إلى النظر[٥]، كما فى الأب والجد، وما فيه[٦] من القصور أظهرناه فى سلب ولاية الإلزام[٧]، بخلاف التصرف فى المال؛ لأنه يتكرر[٨]، فلا يمكن تدارك الخلل، فلا تفيد الولاية إلا ملزِمة، ومع القصور لا يثبت ولاية الإلزام. وجه قوله[٩] فى المسألة الثانية[١٠]: إن الثّيابة[١١] سببٌ لحدوث الرأى[١٢]؛ لوجود الممارسة، فأدرنا

الصغير، ولئن سلم، فنقول: الكلام محمول على التوزيع، فإن غير الأب والجد الأغيار، وفى بعضها انتفى الشفقة وفى البعض الآخر القرابة. (عبد)

(١) لكونه وقاية للنفس. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) خبر.

(٤) قوله: "أن القرابة إلخ" يعنى أن الولاية للنظر، وهو موجود فى كل قريب؛ لأن القرابة داعية إليه كما فى الأب والجد، فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة، غاية ما فى الباب أنه متفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها، لكن ما فى البعيدة من القصور ممكن التدارك، فأظهرناه فى سلب ولاية الإلزام، فجعلنا للصغير والصغيرة خيار البلوغ، فإذا بلغا ووجدا لأمر على ما ينبغى مضيا على النكاح، وإن وجدا قد أوقع خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح. (ع)

(٥) فغالب حاله النظر. (عبد)

(٦) أى فى غير الأب.

(٧) فعقدهما غير لازم.

(٨) قوله: "لأنه يتكرر" أى لأن التصرف يتكرر، لا فى يد الولى بل فى اليد مطلقًا، فإنه إذا ذهب المال من يده إلى يد المشترى ثم منه إلى آخر، وهكذا مع احتمال الغيبة والموت، فالمال فى معرض الفناء فتدارك خلله غير ممكن وصعب، ولا معنى للقول ببيعه مع عدم جواز تصرف المشترى؛ إذ لا فائدة فى الشراء ح. (عبد)

(٩) الشافعى.

(١٠) أى أنه لا ولى للثيب.

(١١) قوله: "إن الثيابة" الثيابة مصدر مستعمل فى كلام العوام، وليس من كلام أهل اللغة، وكذا الثيوبة كما فى "المغرب".

(١٢) أى العلم بمصالح النكاح. (عبد)

الحكم[١] عليها تيسيرًا. ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة[٢]، ووفور الشفقة[٣]، ولا ممارسة[٤] تُحدث الرأى بدون الشهوة، فيُدار الحكم على الصغر[٥]، ثم الذى يؤيد كلامَنا[٦] فيما تقدم[٧] قوله عليه السّلام[٨]: «النكاح[٩] إلى العصبات»* من غير فصل[١٠]، والترتيبُ فى العصبات فى ولاية النكاح كالترتيب فى الإرث، والأبعد[١١] محجوبٌ بالأقرب[١٢].

فإن زوجهما الأب أو الجد يعنى الصغيرَ والصغيرة، فلا خيار لهما بعد بلوغهما؛ لأنهما كاملا الرأى وافرا الشفقة، فيَلزم العقد بمباشرتهما، كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ. وإن زوّجهما غير الأب والجد، فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ، إن شاء أقام على النكاح، وإن شاء فسخ، وهذا

---

(١) قوله: "فأدرنا الحكم" أى ثبوت الولاية وعدمها بسبب الرأى إذ الرأى أمر مخفى، فأقيم سببه مقام المسبب. (عبد)

(٢) للصغير.

(٣) فى الأب والجد.

(٤) قوله: "ولا ممارسة إلخ" أى لا نسلم حصول الرأى للصغيرة بسبب الممارسة؛ لأن الرأى والعلم إنما يحدث بمباشرة عن شهوة لها ولم توجد. (عناية)

(٥) فكلما ثبت الصغر ثبت الولاية.

(٦) قوله: "يؤيد كلامنا" إنما قال: يؤيد ولم يقل: يثبت؛ لجواز أن يخصص الحديث بالبكر. (عبد)

(٧) قوله: "فيما تقدم" يعنى من إطلاق الولى فى قوله: ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولى. (ع)

(٨) قوله: "قوله عليه السلام" روى عن على موقوفًا ومرفوعًا، وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الإنكاح. (ف)

(٩) قوله: "النكاح" ذكر هذا الحديث السرخسى وسبط ابن الجوزى، ولم يخرجه أحد ولا يثبت. (بناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٥ ص٦٢. (نعيم)

(١٠) بين الأب والجد وغيرهما من العصبات. (ف)

(١١) كالعم.

(١٢) كالأخ.

عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا خيار لهما اعتباراً[١] بالأب والجد. ولهما أن قرابة الأخ ناقصة، والنقصانُ يُشعر بقصور الشفقة، فيتطرّق الخلل إلى المقاصد عسى[٢]، والتدارك ممكنٌ بخيار الإدراك[٣]، وإطلاق الجواب[٤] في غير الأب والجد يتناول الأمَّ والقاضي، وهو الصحيح[٥] من الرواية؛ لقصور الرأي في أحدهما[٦]، ونقصان الشفقة في الآخر[٧] فيتخير. قال: ويشترط فيه[٨] القضاء، بخلاف خيار العتق[٩]؛ لأن الفسخ ههنا[١٠] لدفع ضرر خفي، وهو تمكن الخلل، ولهذا[١١] يشمل[١٢] الذكر والأنثى، فجُعل[١٣] إلزامًا في حق الآخر[١٤]،

---

(١) بجامع داعية القرابة. (عناية)

(٢) قوله: "عسى" كلمة وقعت ههنا مجردة عن الاسم والخبر، والتقدير عسى الخلل إلى المقاصد يتطرق، وأهل العربية يأبون ذلك، كذا قال العيني في كتاب الإجارات.

(٣) البلوغ.

(٤) قوله: "وإطلاق [أي في إثبات خيار البلوغ. بناية] الجواب [أي جواب القدوري. ب] إلخ" أراد بإطلاق الجواب قوله: فإن زوجهما غير الأب والجد، فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ. (نهاية)

(٥) قوله: "وهو الصحيح إلخ" احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار فيما إذا كان القاضي هو الذي زوج اليتيمة، فوجهه أن للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعًا، فيكون ولايته في القوة كولاية الأب والجد. (نهاية)

(٦) الأم.

(٧) القاضي.

(٨) قوله: "ويشترط فيه" أي الفسخ، القضاء يعني قضاء القاضي، يعني لا يكفي قولها: فسخت، بل لا بد أن يرفع النزاع إلى القاضي حتى يحكم بانتهاء النكاح. (عبد)

(٩) قوله: "بخلاف خيار العتق" يعني إذا عتقت الأمة سواء كان زوجها حرا أو عبدا كان لها أن تفسخ، ولا حاجة إلى حكم القاضي بالفسخ. (عبد)

(١٠) قوله: "لأن الفسخ هنا [أي في خيار البلوغ] إلخ" حاصله أن الفسخ فيما نحن فيه لدفع ضرر خفي، وهو فوت مصلحة النكاح، وفواتها أمر غير ظاهر فيتصور ههنا منازعة معقولة، فاحتيج إلى اعتبار حكم القاضي، حتى يتقوى ما أودعه. (عبد)

(١١) قوله: "ولهذا" أي لأن الفسخ لدفع ضرر خفي لا لزيادة الملك عليها حتى يشتمل ذلك الحكم الذكر

فيفتقر إلى القضاء، وخيار العتق لدفع ضرر جلي(١)، وهو زيادة الملك عليها(٢)، ولهذا يختص بالأنثى، فاعتبر دفعًا(٣)، والدفع لا يفتقر إلى القضاء. ثم عندهما(٤) إذا بلغت الصغيرة وقد(٥) علمت بالنكاح(٦)، فسكتت فهو رضا، وإن لم تعلم بالنكاح، فلها الخيار حتى تعلم فتسكت، شرط(٧) العلمَ بأصل النكاح؛ لأنها لا تتمكن من التصرف(٨) إلا به، والوليّ يتفرد به(٩)، فعذرت بالجهل، ولم يشترط العلم بالخيار(١٠)؛

والأنثى؛ إذ لو كان لزيادة الملك، لكان مختصاً بالأنثى؛ إذ ليس للمرأة على الزوج ملك طلاق، بل الأمر بالعكس. (عبد)

(١٢) خيار البلوغ.

(١٣) قوله: "فجعل إلخ" يعني لما كان هذا الدفع دفعًا لضرر خفي جعل في حكم الإلزام على الغير بشيء، والإلزام منصب القاضي لا منصبهما. (عبد)

(١٤) أي الولي الذي زوج.

(١) قوله: "لدفع ضرر جلي إلخ" فإن الزوج يصير حينئذ مالكا للثلث، كما هو مقتضى النص، وهو أن طلاق الأحرار ثلاثة، وطلاق الإماء اثنان، ولما اقتضى النص الزيادة لم يجز الاكتفاء بالاثنين، وإذا لم يجز الاكتفاء بالاثنين على هذا التقدير يلزم الزيادة، وذلك مما لا يجوز. (عبد)

(٢) المعتقة.

(٣) قوله: "فاعتبر دفعًا" لا إلزاما، إذ منازعة الخصم ههنا مكابرة لظهور الضرر، فاعتبرنا دفعًا صرفًا، لا دفعًا مع الإلزام. (عبد)

(٤) قوله: "ثم عندهما" أي عند أبي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر؛ لأن مذهب أبي يوسف لا يرد ههنا؛ لأنه لا يرى خيار البلوغ إن كان المزوج غير الأب والجد. (عناية)

(٥) الواو حالية.

(٦) سواء علمت بأن لها الخيار، أو لم تعلم.

(٧) الإمام محمد. (عبد)

(٨) من الفسخ والإجازة. (عبد)

(٩) قوله: "والولي يتفرد إلخ" جواب دخل، وهو أن اللائق عدم اعتبار جهلها؛ إذ تعلم من وليها أنه فعل ذلك، وحاصل الجواب أن الولي يتفرد بالنكاح، ولا يشاورها، فكان جهلها عذراً. (عبد)

(١٠) قوله: "ولم يشترط إلخ" يعني شرط العلم بالنكاح لكن لم يشترط العلم بالخيار. (عبد)

لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع[١]، والدار دار العلم، فلم تعذر بالجهل[٢]، بخلاف المعتَقة[٣]؛ لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها[٤]، فعذرت بالجهل بثبوت الخيار[٥]. ثم خيار البكر يَبطل بالسكوت[٦]، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت، أو يجيء[٧] منه ما يُعلم أنه رضا، وكذلك الجارية[٨] إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ؛ اعتباراً لهذه الحالة[٩] بحالة ابتداء

(١) قوله: "لمعرفة أحكام الشرع" أما من الولي أو من غيره حتى يجوز لها أن تخرج من البيت وتتعلم. (عبد)

(٢) قوله: "فلم تعذر بالجهل" لا يخفى أن ذلك يقتضي أن يكون غير بالغ مكلفًا بما يجب عليه أول البلوغ مع أن المشهور أن من شرائط التكليف البلوغ. (عبد)

(٣) قوله: "بخلاف المعتقة" فإنها معذورة في الجهل، سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار. (ع)

(٤) قوله: "لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها [الأحكام]" لكونها مشغولة بخدمة المولى، فإن قيل: المرأة أيضًا تكون مشغولة بخدمة الزوج، ألا ترى أنه لا يجب عليها الجمعة، وعللها المصنف بكونها مشغولة بخدمة الزوج، قيل: إن الخدمة غير مستحقة على الصغيرة لعجزها، فكانت متفرغة للتعلم، فلا تعذر بالجهل، بخلاف الكبيرة حيث يجب عليها عمل داخل البيت ديانة، فيتعذر في ترك الجمعة. (د)

(٥) قوله: "فعذرت إلخ" إن قيل: كل بالغ عاقل يشمله التكليف، وبما قاله يفهم أن ليس عليها المعرفة. أجيب بأن الفروع وإن وجبت عليها لكن تحصيل العلم يتوقف على إذن السيد، فلو لم يأذن السيد كان الإثم راجعا إليه، وكانت معذورة. (عبد)

(٦) قوله: "ثم خيار البكر إلخ" تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى، وتقريره أن من له خيار البلوغ إذا كان غلاماً فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل: رضيت، أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا، وإن كان جارية قد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك. وإن كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح، فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستومرت بالنكاح، فسكتت عند ابتداء العقد، كان سكوتها رضا، فكذلك إذا كان لها الخيار، فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا، فيبطل خيارها، والغلام والجارية الثيب إذا استومرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا، بل لا بد من الرضاء صريحاً أو دلالة، وكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا، بل لا بد من ذلك. (عناية)

(٧) قوله: "أو يجيء" مجزوم معطوف على قوله: يقل، يعني ما لم يأت بشيء مما يعلم أنه رضا كالقبلة، والمس، والوطئ. (عبد)

(٨) قوله: "وكذلك الجارية [أي الثيب]" يعني أنها كالغلام في أنها لا يكفي فيها السكوت، بل يجب التصريح بالرضا، أو ما يدل عليه دلالة واضحة. (عبد)

(٩) قوله: "اعتباراً إلخ" هذا التعليل يتعلق بمجموع ما ذكر، وهو خيار البكر، وخيار الغلام، وخيار الجارية التي دخل بها الزوج. (نهاية)

النكاح[١]. وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد[٢] إلى آخر المجلس[٣]، ولا يبطل بالقيام[٤] في حق الثيب والغلام؛ لأنه ما ثبت بإثبات الزوج[٥]، بل لتوهم الخلل[٦]، فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا، بخلاف خيار العتق؛ لأنه ثبت بإثبات المولى، وهو الإعتاق، فيعتبر فيه المجلس، كما في خيار المخيَّرة[٧]. ثم الفرقة[٨] بخيار البلوغ[٩] ليس بطلاق؛ لأنها تصح من الأنثى، ولا طلاق إليها[١٠]، وكذا بخيار العتق[١١]؛ لما بينا[١٢]،

---

(١) قوله: "بحال ابتداء النكاح" يعني الاكتفاء في البكر بالسكوت، والتصريح في الثيب بالرضا وما يدل عليه، كما ذكرنا في الغلام أيضاً بالتصريح مقيس بابتداء النكاح، فيعتبر في آن البلوغ، أو عند حصول الخبر إليه ما يكون في ابتداء النكاح. (عبد الغفور)

(٢) قوله: "لا يمتد إلى آخر المجلس" فإذا لم يفسخ في أول المجلس رضيت وألزمت النكاح، وإنما لا يمتد؛ لأن المطلوب منها الرضا، والسكوت دل على الرضاء. (عبد)

(٣) قوله: "إلى آخر المجلس" ثم المراد من المجلس هو مجلس صيرورتها بالغة بأن رأت الدم في مجلس، وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت وهي بكر، أو مجلس بلوغ خبر النكاح، وهي بكر بالغة، فسكتت، يبطل الخيار في الوجهين. (نهاية)

(٤) أي مجرد القيام حتى يلزم النكاح.

(٥) قوله: "لأنه ما ثبت إلخ" دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة، وتقريره أن خيار البلوغ لم يثبت بإثبات الزوج وهو ظاهر، وما لم يثبت بإثبات الزوج لا يقتصر على المجلس، فإن التفويض هو المقتصر على المجلس، كما سيجيء. (عناية)

(٦) قوله: "بل لتوهم الخلل [بقصور الشفقة] إلخ" دليل يشمل البكر والغلام، وتقريره أن خيار البلوغ يثبت لعدم الرضا لتوهم الخلل، وما ثبت لعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه، فإن الشيء لا يثبت مع منافيه غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام، فيبطل خيارها بمجرد السكوت، ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس.(ع)

(٧) قوله: "كما في خيار المخيرة" أي التي قال لها الزوج: اختاري نفسك إن شئت فسخت، وإن شئت قررت، فإذا قامت لم يرتفع النكاح، بل النكاح باقٍ، وجعل ذلك إعراضا عما جعلت مالكة له، وهو الاختيار، ومثل المخيرة الأمة التي قال لها السيد: أعتقت؛ فإنه قوله: أعتقت بمنزلة قول الزوج لها: اختاري، فإذا قامت من المجلس ألزمت النكاح، ولم يبقَ حينئذ لها خيار الفسخ. (عبد)

(٨) أي فرقة البالغ والبالغة. (عبد)

(٩) قوله: "بخيار البلوغ" أي بسبب خيارهما وقت البلوغ عدم ثبات النكاح. (عبد)

(١٠) أي لا طلاق مفوضاً إليها. (عبد)

بخلاف المخيرة[١]؛ لأن الزوج هو الذى ملكها[٢]، وهو مالك للطلاق.

وإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر، وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق؛ لأن أصل العقد صحيح[٣]، والملك[٤] الثابتُ به انتهى بالموت[٥]، بخلاف مباشرة الفضولى[٦] إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة[٧]؛ لأن النكاح[٨] ثمه موقوف[٩]، فيبطل بالموت، وههنا[١٠] نافذ، فيتقرر به. قال[١١]: ولا ولاية لعبد، ولا صغير، ولا مجنون؛ لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فالأولى أن لا يثبت على غيرهم، ولأن هذه ولاية نظرية[١٢]، ولا نظر فى التفويض إلى هؤلاء[١٣].

---

(١١) أى الفرقة بخيار العتق ليس طلاقًا.

(١٢) قوله: "لما بينا" من أنها تصح من الأنثى. (عبد)

(١) فإن فرقتها طلاق.

(٢) قوله: "هو الذى ملكها" فهى ثابتة بإثبات الزوج، فكأنه طلقها. (عبد)

(٣) ولهذا يحل له أن يطأها ما لم يفرق القاضى. (د)

(٤) أى ملك البضع. (عبد)

(٥) قوله: "انتهى بالموت" فإن الموت منه لا قاطع أى بالموت لا يبقى محل الملك، بخلاف الطلاق، فإنه قاطع إذ يبقى محل الملك. (عبد)

(٦) أى النكاح.

(٧) فلا يرث أحدهما من الآخر.

(٨) أى فى مباشرة الفضولى.

(٩) لا يترتب عليه الأحكام. (عبد)

(١٠) أى إذا أنكح الولى الأبعد يتحقق فيه التصرفات. (عبد)

(١١) أى القدورى. (ب)

(١٢) أى ولاية ثابتة للنظر. (عبد)

(١٣) قوله: "ولا نظر فى التفويض إلى هؤلاء" أما إلى الصبى والمجنون، فللعجز عن تحصيل الكفء، وأما إلى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى. (عناية)

ولا ولاية لكافر على مسلم؛ لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[١]، ولهذا لا تُقبل شهادته[٢] عليه، ولا يتوارثان[٣]، أما الكافرُ فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر؛ لقوله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضُهم أولياء بعض﴾، ولهذا تقبل شهادته[٤] عليه[٥]، ويجرى بينهما[٦] التّوارث. ولغير العصبات من الأقارب[٧] ولاية التزويج عند أبي حنيفة، معناه عند عدم العصبات[٨]، وهذا استحسان[٩]، وقال محمد: لا تثبت وهوالقياس، وهو رواية عن أبي حنيفة. وقول أبي يوسف في ذلك: مضطرب[١٠]، والأشهر أنه مع محمد[١١].

لهما مَا روينا[١٢]، ولأن الولاية إنما تثبت صونًا للقرابة عن نسبة غير

(١) قوله: "ولن يجعل إلخ" فإن سبيلا نكرة في حيز النفي تفيد العموم، والمراد من السبيل تصرف شرعي. (عبد)

(٢) أي الكافر.

(٣) قوله: "ولا يتوارثان [المسلم والكافر]" أي لا يرث الكافر من المسلم ولا بالعكس، والتوبير ههنا باعتبار الأول. (عبد)

(٤) الكافر.

(٥) أي الكافر.

(٦) أي الكافرَين.

(٧) نحو الأخوال والخالات والعمات. (ب)

(٨) نسبية كانت أو سببية. (ب)

(٩) قوله: "وهذا استحسان" أي دليل خفي، وهو الإلحاق بالعصبات لوجود معنى الشفقة وفوات مصلحة الصغير والصغيرة. (عبد)

(١٠) لأنه ذكر في كتاب النكاح مع أبي حنيفة، وفي الولاء مع محمد. (ب)

(١١) قوله: "والأشهر أنه مع محمد" والجمهور على أنه مع أبي حنيفة. (د)

(١٢) قوله: "ما روينا" يريد به قوله عليه السلام: «الإنكاح إلى العصبات» عرف الإنكاح باللام في غير معهود، فكان معناه هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس، فلا يكون لغيره فيه مدخل. (عناية)

الكُفُؤ إليها، وإلى العصبات الصيانة، ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية[١]، والنظر يتحقق بالتفويض إلى مَنْ هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة.

ومن لا وليّ لها[٢] يعني العصبة من جهة القرابة، إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز[٣]؛ لأنه آخر العصبات، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم[٤]؛ لقوله عليه السّلام[٥]: «السلطان وليّ من لا وليّ له»*. فإذا غاب الوليّ الأقرب[٦] غيبةً منقطعة جاز لمن هو أبعد منه[٧] أن يزوج، وقال زفر: لا يجوز[٨]؛ لأن ولاية الأقرب قائمة؛ لأنها تثبت[٩] حقًّا له صيانةً للقرابة[١٠]، فلا تبطل بغيبته، ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز،

---

(١) قوله: "إن الولاية النظرية" فإن قلت: هذا تعليل بمقابلة النص وهو لا يجوز، وأجيب: بأن معنى قوله: «الإنكاح إلى العصبات» إذا وجدت العصبات. (عناية)

(٢) هذا لفظ القدوري. (ب)

(٣) أي لأنه مولى العتاقة.

(٤) قوله: "إلى الإمام والحاكم" يعني بالإمام الخليفة، وبالحاكم نائبه، قيل: المراد من الحاكم القاضي، واعلم أن ولاية القاضي إنما تكون إذا قال له الإمام: انكح بلا ولي، وأما إذا لم يقل: فلا، فالقاضي من حيث هو قاضٍ لا يتولى هذا الأمر. (عبد)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجة عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٦ ص٦٢. (نعيم)

(٦) كالأب.

(٧) كالجد.

(٨) بل لا يزوجها أحد.

(٩) قوله: "لأنها تثبت إلخ" حاصله أن ولاية الأقرب لأنها حق الولي، وإنما كان حقا له ليصون القرابة عن غير الكفء، وذلك الحق ثابت، ولوجود ولايته ليس للأبعد الولاية. (عبد)

(١٠) عن نسبة غير الكفء إليها.

ولا ولاية[(١)] للأبعد مع ولايته.

ولنا أن هذه[(٢)] ولاية نظرية، وليس من النظر التفويضُ إلى مَنْ لا ينتفع برأيه، ففوّضناه إلى الأبعد[(٣)]، وهو مقدم[(٤)] على السلطان، كما إذا مات الأقرب[(٥)]، ولو زوّجها[(٦)] حيث هو فيه منع، وبعد التسليم نقول: للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير، وللأقرب عكسه[(٧)]، فنزلا[(٨)] منزلةَ وليين متساويين، فأيهما عقَد نفذ ولا يرد[(٩)].

والغيبة المنقطعة أن يكون في بلدٍ لاتصل إليه القوافلُ في السنة إلا مرة، وهو اختيار القدوري، وقيل: أدنى مدة السفر؛ لأنه لا نهاية لأقصاه[(١٠)]، وهو اختيار بعض المتأخرين[(١١)]، وقيل: إذا كان بحالٍ[(١٢)]

(١) وفاقًا. (عبد)

(٢) قوله: "أن هذه إلخ" حاصله أن ولاية الولي ليس بمجرد حق الولي بل له ولحق المولية، والنظر إلى حالها والشفقة عليها، ففوضنا الأمر إلى الأبعد. (عبد)

(٣) قوله: "ففوضناه إلخ" هذا مبني على رواية منع ولاية الأقرب، وأما على على رواية التسليم، فنقول: فوضنا الأمر إليهما. (عبد)

(٤) قوله: "وهو [أي الأبعد] إلخ" إشارة إلى جواب الشافعي حيث قال: لا يجوز أن يزوج الأبعد، بل يزوجه السلطان، كذا قال مولانا إله داد.

(٥) قوله: "كما إذا مات الأقرب [فالولي الأبعد]" فإن الولاية لم تنتقل إلى السلطان بموت الأقرب، فكذا بغيبته (عناية)

(٦) قوله: "ولو زوجها إلخ" جواب عن قول زفر: ولهذا لو زوجها حيث هو جاز، بالمنع يعني لانسلم جوازه، وبعد التسليم إلخ. (ع)

(٧) أي قرب القرابة وبعد التدبير.

(٨) الأقرب والأبعد.

(٩) العقد.

(١٠) أي السفر.

(١١) منهم القاضي الإمام أبو علي النسفي. (عناية)

(١٢) قوله: "إذا كان بحال إلخ" وعليه أكثر المشايخ، منهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي، وعن

يفوت الكُفُؤ[١] باستطلاع رأيه، وهذا أقرب إلى الفقه[٢]؛ لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذٍ[٣]. وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها، فالوليّ في إنكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أبوها؛ لأنه أوفر شفقةً[٤] من الابن. ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة[٥]، وهذه الولاية مبنيةٌ عليها[٦]، ولا معتبر[٧] بزيادة الشفقة كأب الأم مع بعض العصبات[٨] والله أعلم.

فصل في الكفاءة[٩]

الكفاءةُ في النكاح معتبرةٌ[١٠] قال عليه السَّلام[١١]: «ألا لا يزوّج النساء

هذا ذكر الإمام قاضي خان في "فتاوى الجامع الصغير": حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة. (نهاية)

(١) الخاطب.

(٢) قوله: "إلى الفقه" أي إلى العلم، أي بالنظر إلى الدلائل الفقهية. (عبد)

(٣) أي حين فوت الكفء.

(٤) قوله: "أوفر شفقة" بدليل أن ولاية الأب تعم النفس والمال، والابن ليس له ولاية المال. (عناية)

(٥) فإن للأب مع الابن السدس فقط.

(٦) أي العصوبة.

(٧) جواب محمد. (عناية)

(٨) كابن ابن العم. (عبد)

(٩) قوله: "فصل في الكفاءة" لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم، فإن عدمها يمنع الجواز، وتمكن الأولياء في الفسخ، احتاج أن يذكرها في فصل على حدة، والكفاءة بالفتح مصدر، والاسم منه الكفء، والنظير من كافأه إذا ساواه. (ع)

(١٠) قوله: "معتبرة" أي يعتبر وجودها في حق اللزوم في النكاح، فإن عند عدمها كان للأولياء الاعتراض بالتفريق. (ن)

(١١) قوله: "قال عليه السلام: «ألا» إلخ" قلت: أخرجه الدارقطني، ثم البيهقي في "سننيهما" عن جابر ابن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم «لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم». (ت)

إلا الأوليـاء[١] ولا يُزَوِّجن إلا من الأكـفـاء»*، ولأن انتظام المصـالح[٢] بين المتكافئين[٣] عادة؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشةً للخسيس، فلابد من اعتبارها[٤]، بخلاف جانبها[٥]؛ لأن الزوج مستفرِش، فلا تَغِيْظه دناءةُ الفـراش. وإذا زوّجت المرأة نفسَهـا من غـيـر كفء، فللأولـيـاء أن يفرِّقوا[٦] بينهـما؛ دفعًا لضرر العـار عن أنفسهم، ثم الكفـاءة تعتبر في النسب؛ لأنه يقع به التفـاخر، فقريش[٧] بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، والأصل فيه قوله عليه السّلام: «قريش[٨] بعضهم

(١) قوله: "إلا الأولياء" القصر إضافي أي لا يزوج النساء الفضولي، فهي كقوله عليه السلام: «النكاح إلى العصبات». (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٧ ص٦٢. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن انتظام المصالح إلخ" إن قيل: إذا كان انتظام المصالح بين المتكافئين، فينبغي أن لا يصح النكاح من غيرهما لما قيل: إنه لا يصح بين الكافر والمسلمة؛ لعدم انتظام مصلحة النكاح، لكنه يصح نعم، أنه غير لازم، أجيب بأن ذلك من قبيل ما اشترى شيئًا بعيب، فترك حقه. (عبد)

(٣) قوله: "المتكافئين" يشير إلى اشتراط التكافؤ في الجانبين، فكأنه تغليب سمى المرأة متكافئة تغليبا أي المصالح إنما تنتظم إذا كان الرجل كفؤا للمرأة؛ إذ الشريفة إذا صارت مستفرشة للخسيس لحقها ولقومها من الإهانة ما لا يحيط بها العبارة، أما كون الخسيسة مستفرشة للشريف، فلا يوجب عارا له أصلا. (إله داد)

(٤) من جانب الزوج.

(٥) أي لا يشترط أن يكون الزوجة كفؤا بجواز أن تكون خسيسة. (عبد)

(٦) قوله: "أن يفرقوا" أي يرافعوا الأمر إلى القاضي، فيفرق بينهما إذا التفريق لا يكون إلا عند القاضي؛ لأنه مجتهد فيه، وكل من الخصمين يتشبث بدليل، فلا ينقطع الخصومة إلا لفصل من له الولاية، وما لم يفرق القاضي، فحكم الطلاق والإرث قائم، وهذه الفرقة ليست بطلاق؛ لأنه تفريق على سبيل الفسخ لأصل النكاح، ولا مهر لها إن لم يدخل بها. (د)

(٧) سميت أولاد النضر قريشا تشبيهًا بدابة في البحر تدعى قريشًا تأكل دوابه؛ لأنهم من أعظم دواب البر عزةً وفخرًا ونسبًا. (ف)

(٨) قوله: "قريش" قلت: روى الحاكم عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضها أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائك أو حجام» انتهى.
وأخرج الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا: «الناس أكفاء قبيلة بقبيلة وعربي بعربي ومولى لمولى إلا حائك أو

أكفاء لبعض بطن ببطن(١) والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلةٌ(٢) بقبيلة والموالي(٣) بعضهم أكفاء لبعض(٤) رجلٌ برجل(٥)»*، ولا يعتبر التفاضل(٦) فيما بين قريش لما روينا(٧). وعن محمد(٨) إلا أن يكون نسبًا مشهورًا كأهل بيت الخلافة، كأنه قال: تعظيمًا للخلافة، وتسكينًا للفتنة(٩)، وبنو باهلة(١٠) ليسوا بأكفاءَ لعامة العرب(١١)؛ لأنهم معروفون

حجام» انتهى، وروى البزار عن معاذ بن جبل يرفعه: «العرب بعضهم أكفاء لبعض» انتهى، وقد تكلم بعضهم في حديث الحاكم والدارقطني، كذا قال الزيلعي وابن الهمام رحمهما الله تعالى.

(١) قوله: "بطن ببطن" البطن أخص من القبيلة، كما أن الفخذ أخص من البطن، والمقصود منه التعميم كل بطن ببطن. (عبد)

(٢) قوله: "قبيلة [أي كل قبيلة. عبد]" قال الزبير بن بكار: العرب ست طبقات: شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة.

فالشعب يجمع القبيلة، والقبيلة العمارة، والعمارة البطن، والبطن الفخذ، والفخذ الفصيلة، فمضر وربيعة وحمير كلها شعوب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصيٌّ بطن، وهاشم فخذ. (بناية للعيني)

(٣) قوله: "والموالي [أي الأعاجم. عبد] إلخ" والمراد بالموالي العتقاء، ولما كانت غير عرب في الأكثر، غلبت على الأعاجم. (عناية)

(٤) لأنهم ضيعوا أنسابهم.

(٥) قوله: "رجل برجل" أي كل رجل بآخر مساوٍ، وذلك لعدم حفظ النسب في الأعاجم، فجاز أن يزوج كل رجل بنت رجل آخر. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٨ ص٦٣. (نعيم)

(٦) أي من حيث النسب. (عبد)

(٧) قوله: "لما روينا" يعني من قوله عليه السلام: «قريش بعضهم أكفاء لبعض» قابل البعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم زوج ابنته عثمان رضي الله عنه وكان من بني عبد شمس. (عناية)

(٨) قوله: "وعن محمد إلخ" يعني قال محمد: لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش إلا أن يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كأهل بيت الخلافة، فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قريشية من أولاد الخلفاء قريشيا ليس من أولادهم، كان للأولياء من الاعتراض، قال المصنف: كأنه يعني محمدا قال: ذلك تعظيما إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "للفتنة" أي على المفتي، أو على الناس الطامعين لتزوج بنات الخلفاء. (عبد)

(١٠) قوله: "وبنو باهلة إلخ" استثناء من قوله: «والعرب بعضهم أكفاء لبعض»، وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان، فتنسب أولادها إليها، وهم معروفون بالخساسة، قيل: كانوا يأخذون عظام الميتة ويطبخونها

بالخساسة. وأما الموالي فمن كان له أبوان[١] في الإسلام فصاعداً، فهو من الأكفاء[٢] يعني لمن له آباء فيه، ومن أسلم بنفسه، أو له أبٌ واحدٌ في الإسلام، لا يكون كفؤاً لمن له أبوان في الإسلام؛ لأن تمام النسب بالأب والجد[٣]، وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى، كما هو مذهبه في التعريف[٤].

ومن أسلم بنفسه[٥] لا يكون كفءً لمن له أب واحد في الإسلام؛ لأن التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام، والكفاءة في الحرية نظيرها[٦] في الإسلام في جميع ما ذكرنا[٧]؛ لأن الرّق أثر الكفر[٨]، وفيه معنى الذل[٩]، فيعتبر في حكم الكفاءة.

قال[١٠]: وتعتبر أيضًا في الدين[١١] أي الديانة[١٢]، وهذا قول

ويأخذون دسوماتها. (ف)

(١١) أي للعرب مطلقًا. (عبد)

(١) الأب والجد.

(٢) قوله: "فهو من الأكفاء" يعني أن من له أبوان في حكم من له آباء. (عناية)

(٣) قوله: "بالأب والجد." يعني إذا أراد تعريف نفسه، كما في الشهادات، يجب ذكر الجد عنده أي ينسب نفسه إلى أبيه وجده، فإذا كان الأمر كذلك يجب ذكر الجد، فلو لم يكن مسلما ألحق العار به. (عبد)

(٤) قوله: "كما هو مذهبه في التعريف" أي في تعريف الشخص في الشهادة، فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب، واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف، ولا حاجة إلى ذكر الجد، وعندهما لا بد من ذكر الجد. (عناية)

(٥) من الموالي.

(٦) أي الكفاءة.

(٧) قوله: "في جميع ما ذكرنا" أي من الوفاق والخلاف، فإن العبد لا يكون كفؤا لامرأة حرة الأصل، وكذلك المعتق لا يكون كفؤا للحرة الأصلية، والمعتق أبوه لا يكون كفؤا لامرأة لها أبوان في الحرية. (نهاية)

(٨) فكأنه كفر. (عبد)

(٩) دليل آخر. (عبد)

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(١١) حتى لا يكون الفاسق كفؤا للعدلة. (نهاية)

أبي حنيفة وأبي يوسف هو الصحيح(١)؛ لأنه من أعلى المفاخر، والمرأة تُعيّر بفسق الزوج فوق ما تُعيّر(٢) بضَعَة(٣) نسبه، وقال محمد: لا تعتبر؛ لأنه من أمور الآخرة، فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يُصفَع(٤)، ويُسْخر(٥) منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران، ويلعب به الصبيان؛ لأنه مستخَف(٦) به(٧). قال: وتعتبر في المال، وهو أن يكون(٨) مالكًا للمهر والنفقة(٩)، وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، حتى إن من لا يملكهما، أو لا يملك أحدهما، لا يكون كفءً؛ لأن المهر بدل البضُع، فلا بد من إيفاءه(١٠)، وبالنفقة قوام الازدواج ودوامُه، والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا

---

(١٢) قوله: "أي الديانة" وهي التقوى والصلاح، وإنما فسره بالديانة؛ لأن مطلق الدين الإسلام، ولا كلام فيه؛ لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة، إنما الكلام في حق اعتراض الأولياء بعد انعقاد العقد، وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة. (نهاية)

(١) قوله: "هو الصحيح" أي قران قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف هوالصحيح؛ فإنه روي عن أبي حنيفة رواية أخرى أنه مع محمد في أنه غير معتبر، كذا وجدت بخط شيخي. (نهاية)

(٢) مجهول من التعيير.

(٣) قوله: "بضعة" بفتح الضاد المعجمة والعين المهملة أصله وضعة، والباء عوض عن الواو، وجاء بكسر الضاد أيضًا، ومنه الوضيع، وهو الدنيء من الناس في النسب.

(٤) قوله: "إلا إذا كان يصفع [صفع بالفتح طپانچه زدن ومشت زدن بر قفائے كسے. م]" أي يضرب على قفاه بعرض الكف، ويسخر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران، فيلعب به الصبيان، فإنه حينئذ لا يكون كفؤًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وقيل: وعليه الفتوى. (عناية)

(٥) سخرت بالضم استهزاء كردن وتمسخر كردن. (غياث)

(٦) استخفاف سبک شمردن وخوار داشتن.

(٧) أي بذلك الصفح. (عناية)

(٨) الزوج.

(٩) قوله: "مالكًا إلخ" بين أن المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله، وإن كان كله حالا، ولم يبين المراد بملك النفقة، واختلف فيه قيل: المعتبر ملك النفقة شهرا، وقيل: نفقة ستة أشهر، وفي "جامع شمس الأئمة" سنة، وفي "المجتبى" الصحيح أنه إذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفؤًا. (فتح القدير)

(١٠) أي القدرة على تسليمه. (عبد)

تعجيلَه؛ لأن ما وراءَه مؤجلٌ عرفًا[١] وعن أبي يوسف[٢] أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر؛ لأنه تجرى المساهلة فى المهور، ويعدّ المرء قادرا عليه بيسار أبيه[٣]، فأما الكفاءةُ فى الغنى فمعتبرةٌ فى قول أبى حنيفة ومحمد، حتى إن الفائقةَ فى اليسار لا يكافئها القادرُ على المهر والنفقة؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيّرون بالفقر، وقال أبو يوسف: لا يعتبر؛ لأنه لا ثبات له؛ إذ المال غادٍ ورائحٌ[٤]. وتعتبر فى الصنائع، وهذا عند أبى يوسف ومحمد، وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان[٥]. وعن أبى يوسف أنه لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجّام[٦] والحائك[٧] والدبّاغ، وجه الاعتبار[٨] أن الناس يتفاخرون بشرف الحِرفِ و يتعيّرون بدناءتها[٩]، وجه القول الآخر[١٠]: إن الحرفة ليست بلازمة[١١]، ويمكن التحوُّل[١٢] عن

(١) ليس بمطالب به، فلا يسقط به الكفاءة. (عناية)

(٢) أى روى عنه، لكن أصل روايته ليس هذا. (عبد)

(٣) قوله: "بيسار أبيه" وأمه وجدته، ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الأب؛ لأن الآباء فى العادات يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدائرة. (عناية)

(٤) قوله: "غادٍ ورائحٌ [أى يحصل بكرةً ويذهب رواحًا. عبد]" وقد يشكل بأن الإفلاس يدخل تحت الحكم عند أبى يوسف، وهذا يقتضى أن لا يدخل فى القضاء؛ لأن مالاثبات له لا يدخل فيه، وأيضًا الفسق يفوت الكفاءة عنده مع أن الفسق لاثبات له، فإنه يرتفع بالتوبة، ألا ترى أنه لا يدخل تحت حكم القاضى. (اد)

(٥) قوله: "روايتان" فى رواية: لا تعتبر وهو الظاهر، حتى يكون البيطار كفوًا للعطار. (عناية)

(٦) شاخ كش.

(٧)قوله: "والحائك إلخ" فحائك، أو حجام، أو كناس، أو دباغ، أو بيطار، أو حداد، أو خفاف، وأخس من كلهم خادم الظلمة وإن كان ذا مال كثير؛ لأنه من آكلى دماء الناس وأموالهم، كما فى "المحيط" غير كفء لعطّار، أو بزاز، أو صراف، فالعطار والبزاز كفوان. (مجمع الأنهر)

(٨) أى اعتبار الكفاءة فى الصنائع. (ب)

(٩) قال عليه الصلاة والسلام: «الناس أكفاء إلا الحجام والحائك»، كذا أورده الكاكى. والله أعلم بصحته. (ب)

(١٠) أى عدم الاعتبار.

(١١) قوله: "ليست بلازمة" وفيه نظر إذ الفقر والفسق أيضًا غير لازم، وقد اعتبرت الكفاءة فى الديانة

الخسيسة إلى النفيسة منها .

قال: وإذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها[١]، فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهرُ مثلها، أو يفارقها.

وقالا: ليس لهم ذلك، وهذا الوضع[٢] إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله[٣] المرجوع إليه في النكاح بغير الولي، وقد صحّ ذلك[٤]، هذه شهادةٌ صادقةٌ عليه، لهما أن ما زاد على العشرة[٥] حقُّها، و مَن أسقط حقَّه لا يعترض عليه، كما بعد التسمية[٦].

ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور، و يتعيّرون بنقصانها، فأشبه الكفاءة[٧] بخلاف الإبراء بعد التسمية[٨]؛ لأنه لا يتعير به[٩].

والغنى. (إله داد)

(١٢) قوله: "ويمكن التحول إلخ" فيه أن هذا ليس ملائما لما قالوا من أن الكفاءة تعتبر أولا أي حين العقد. (عبد)

(١) أي بما لا يتغابن الناس فيه. (ب)

(٢) قوله: "وهذا الوضع" أي وضع القدوري هذه المسألة على هذا الوجه إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي، وقد صح ذلك، وهذه شهادة صادقة عليه، فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي، لم يقل: ليس لهم الاعتراض.
وأقول: هذا إنما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي، وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالتزوج ولم يسم مهرا، وعقدت على هذا الوجه، صح وضع المسألة على قول محمد الأول. (عناية)

(٣) أي جوز النكاح بغير ولي.

(٤) قوله: "وقد صح ذلك" أي الرجوع، وهذه شهادة صادقة عليه أي وهذه المسألة شهادة صادقة على الرجوع. (نهاية)

(٥) أي عشرة دراهم.

(٦) أي إذا أبرأت عن المهر بعد التسمية، فلا اعتراض للأولياء.

(٧) قوله: "فأشبه الكفاءة" أي في تعيير الأولياء بكل واحد منهما، وتعيير الأولياء مؤثر في الباب. (عناية)

(٨) لأنه إبراء وهبة، وهو من باب المروة. (ب)

(٩) قوله: "لأنه لا يتعير به" وذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة، وربما يعدونه ضربا من اللوم في العادات. (عناية)

وإذا زوّج الأب ابنته الصغيرة، ونقص من مهرها[١]، أو ابنَه الصغير، وزاد في مهر امرأته[٢] جاز ذلك عليهما، ولا يجوز[٣] ذلك لغير الأب والجد، وهذا عند أبي حنيفة رح. وقالا: لا يجوز الحطّ والزيادة إلا بما يتغابن[٤] الناس فيه، ومعنى هذا الكلام[٥] أنه لا يجوز العقد عندهما؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر، فعند فواته يبطل العقد، وهذا[٦] لأن الحطّ[٧] عن مهر المثل ليس من النظر في شيء، كما في البيع[٨]، ولهذا[٩] لم يملك[١٠] ذلك غيرهما[١١]. ولأبي حنيفة أن الحكم[١٢] يدار على دليل النظر، وهو قربُ القرابة[١٣]، وفي النكاح[١٤] مقاصدُ تربو[١٥] على المهر، أمـ

(١) أي مهر مثلها.

(٢) أي مهر المثل.

(٣) إجماعًا.

(٤) أي بالغبن اليسير.

(٥) قوله: "ومعنى هذا الكلام إلخ" وبيانه أن هذا الكلام وهو قوله: وقالا: لايجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه، بظاهره يدلّ على أن العقد صحيح، والزيادة والنقصان لا يجوز؛ لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح، كما إذا تركها أو تزوجها على خمر أو خنزير، وهو قول بعض مشايخنا. وقال آخرون: معناه أن نفس النكاح لا يجوز، وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام والمصنف رحمة الله عليهم. (عناية)

(٦) أي فوات النظر.

(٧) أو الزيادة على مهرها.

(٨) قوله: "كما في البيع" أي كما إذا باع الأب بأقل من القيمة بغبن فاحش، أو اشترى بأكثر منها بذلك في مال الصغير أو الصغيرة لا يجوز. (عناية)

(٩) أي لفوات النظر.

(١٠) بالإجماع.

(١١) الأب والجد.

(١٢) أي جواز النكاح. (عناية)

(١٣) قوله: "وهو قرب القرابة" فيه أن القرابة داعية للنظر، ولهذا يجوز تزويج غيرهما، ولولا أن نفس القرابة دليل النظر لم يجز، نعم بعد القرابة يوجب القصور في النظر، وقد أظهرناه في سلب ولاية الإلزام بإثبات خيار البلوغ، فيجب أن يجوز من غيرهما ما يجوز منهما. (إله داد)

المالية[١] فهي المقصودة في التصرف المالي، والدليل[٢] عدمناه[٣] في حق غيرهما[٤]. ومَن زوج ابنتَه -وهي[٥] صغيرة عبداً- أوزوّج ابنه -وهو صغير- أمةً، فهو جائز، قال[٦]: وهذا عند أبي حنيفة أيضًا؛ لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها، وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة[٧]، فلا يجوز، والله أعلم.

فصل[٨] في الوكالة بالنكاح و غيرها[٩]

ويجوز لابن العم[١٠] أن يزوج بنتَ عمه[١١] من نفسه[١٢]، وقال زفر:

---

(١٤) قوله: "وفي النكاح إلخ" يعني أن المقصود منه ليس هو المال البتة، بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الأختان والعرائس، فيجوز أن يكون نظر الأب في الحط والزيادة إلى ذلك، ويجوز أن لا يكون وكان النظر والضرر باطنين، فأدير الحكم على الدليل، بخلاف البيع فإن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية، فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش، حتى يقع التردد بين النظر والضرر. (عبد)

(١٥) أي تزيد. (ب)

(١) جواب عن قولهما: كما في البيع. (ب)

(٢) جواب عن قولهما: ولهذا لا يملك. (ب)

(٣) أي قرب القرابة.

(٤) الأب والجد.

(٥) الواو حالية.

(٦) أي المصنف.

(٧) قوله: "لعدم الكفاءة" هذا التعليل يشمل الفصلين، فإن عدم الكفاءة من جانبها وإن كان لا يوجب العار على الأولياء، فهو يوجب الضرر الظاهر. (إله داد)

(٨) قوله: "فصل" لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث إن فعل الوكيل ينفذ على الموكل كفعل الولي على المولى، ألحقها ببيان الكفاءة التي طلبها للأولياء. (نهاية)

(٩) قوله: "وغيرها" أي غير الوكالة كنكاح الفضولي. (عناية)

(١٠) قوله: "ويجوز لابن العم إلخ" أي للولي إذا كان منحصرا فيه، سواء كان ابن عم أو غيره أن يتولى الطرفين، سواء زوج لنفسه أو لغيره، كما إذا زوجها من ابن أخ له، ولا بد أن يكون البنت صغيرة، حتى يظهر التولي من الجانبين؛ إذ لو لم تكن صغيرة، يكون من قبلها إذا لم يكن برضاها كالفضولي. (عبد)

(١١) الصغيرة.

لا يجوز، وإذا أذنت[١] المرأة للرجل أن يزوّجها من نفسه، فعقد بحضرة شاهدين[٢] جاز، وقال زفر والشافعي: لا يجوز. لهما[٣] أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا، كما في البيع[٤]، إلا أن الشافعي يقول: في الولي ضرورة[٥]؛ لأنه لا يتولاه سواه، ولا ضرورة في حق الوكيل.

ولنا أن الوكيل في النكاح[٦] معبر وسفير، والتمانُع في الحقوق[٧] دون التعبير[٨]، ولا ترجع الحقوق إليه، بخلاف البيع؛ لأنه مباشر[٩] حتى رجعت الحقوق إليه[١٠]، وإذا تولّى[١١] طرفيه فقولُه: "زوّجت" يتضمن الشطرين[١٢]، ولا يحتاج إلى القبول.

قال[١٣]: وتزويج العبد والأمة[١٤] بغير إذن مولاهما موقوف، فإن أجاز

(١٢) والشافعي يوافقنا فيه، كذا في "النهاية".

(١) المراد به التوكيل.

(٢) قوله "بحضرة شاهدين" تذكرة لما تقدم، ولا حاجة إلى ذكره لما تقدم. (عبد)

(٣) قوله: "لهما إلخ" جمع بين دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى، ثم استثنى الشافعي.

(٤) لا يجوز أن يكون الواحد وكيلا للبائع والمشتري.

(٥) قوله: "ضرورة" وفيه أن غير الأب والجد لم يكن وليا مجبراً عنده، كما نقله عنه فيما مضى، ويمكن أن يقال: إن هذا القول مبني على رواية غير مذكورة، وهي عدم التخصيص بالأب والجد. (عبد)

(٦) قوله: "في النكاح" أي في عقد لا يستغني عن الإضافة إلى الغير.

(٧) قوله: "في الحقوق [كالتسليم والتسلم]" كالعطاء وقبوله والرد بالعيب إلى غير ذلك. (عبد)

(٨) قوله: "دون التعبير" أي لا تمانع في التعبير بأن يقول: تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا. (ع)

(٩) أي عاقد، لا معبر. (إله داد)

(١٠) أي إلى الوكيل في البيع.

(١١) أي الوكيل في النكاح.

(١٢) قوله: "يتضمن الشطرين [الإيجاب والقبول]" إذ يفهم منه القبول ضمنا، وهذا يكفي. (عبد)

(١٣) أي القدوري. (ب)

(١٤) قوله: "وتزويج إلخ" سواء كان المزوج العبد أو الأمة، أو غيرهما كالأجنبي، والمعنى من التزويج:

المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك لو زوّج رجلٌ امرأةً بغير رضاها، أو رجلا بغير رضاه، وهذا عندنا، فإن كل عقد صدر من الفضولي[١]، وله مُجيزٌ[٢] انعقد موقوفًا على الإجازة. وقال الشافعي[٣]: تصرفات الفضولي كلُّها باطلة؛ لأن العقد وضع لحكمه، والفضولي لا يَقدر على إثبات الحكم، فتلغو. ولنا أن ركن التصرف[٤] صدر من أهله[٥] مضافًا إلى محله، ولا ضرر في انعقاده، فينعقد موقوفًا حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفّذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد[٦].

ومَنْ قال: اشهدوا أني قد تزوّجت فلانةً فبلغها الخبر، فأجازت فهو باطل[٧]، وإن قال آخر[٨]: اشهدوا أني زوّجتها منه، فبلغها الخبر فأجازت

جفت ساختن. (عبد)

(١) هو من لا يكون أصيلا، ولا وليا، ولا وكيلا.

(٢) قوله: "وله مجيز" أي والحال أن للعقد حال الإيجاب مجيز للعقد، سواء كان ذلك المجيز ثابتا وقت القبول أو لم يبقَ، كما إذا بلغ الصبي ولم يكن أبوه موجودا حالة البلوغ، لكنه موجود حالة صدور العقد، وإنما قال ذلك ليخرج ما إذا كان الولد صغيرا ولم يكن له ولي. (عبد)

(٣) وبه قال أحمد: في رواية. (ب)

(٤) أي الإيجاب والقبول. (ب)

(٥) قوله: "صدر من أهله" أي الحر العاقل البالغ مضافا إلى محله، وهو الأنثى من بنات آدم عليه السّلام، وليست من المحرمات. (عناية)

(٦) قوله: "وقد يتراخى إلخ" جواب عن قوله: لأن العقد وضع لحكمه، وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تأخر إلى الإجازة، والحكم قد يتراخى عن العقد، كما في البيع بشرط الخيار، فإن لزومه يتراخى إلى سقوط الخيار. (عناية)

(٧) قوله: "فهو باطل" إذا كان الإيجاب بدون صيغة القبول، أما إذا كان معه القبول أي زوجتها من نفسي، فليس باطلا. (عبد)

(٨) قوله: "وإن قال آخر إلخ" يعني إذا قال: تزوجت فلانة، وكان هناك شخص حاضر فقال: زوجتها منه، فيكون في هذه الصورة متعاقدان فيصح، بخلاف الصورة الأولى، إذ لم يوجد هناك متعاقدان لا حقيقة، وهو ظاهر، ولا حكما؛ إذ الحكمي إنما يكون إذا كان شخص مأمورا من الجانبين، إما من جانب الشرع كما في الولي من الطرفين، أو مأمورا من الجانبين، فإنه حينئذٍ ينتقل العقد إليهما. (عبد)

جاز، وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت: جميع ذلك[١]، وهذا[٢] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا زوّجت نفسَها غائبًا، فبلغه[٣] فأجاز جاز، وحاصلُ هذا أن الواحد[٤] لا يصلح فضوليًا من الجانبين[٥]، أو فضوليًا من جانب وأصيلا من جانب عندهما، خلافًا له.

ولو جرى العقدُ بين الفضوليين، أو بين الفضوليّ والأصيل[٦] جاز بالإجماع، هو[٧] يقول: لو كان مأمورًا[٨] من الجانبين ينفذ، فإذا كان فضوليا يتوقف، وصار كالخلع[٩] والطلاق والإعتاق على مال.

ولهما أن الموجود شطر العقد؛ لأنه شطرٌ حالة الحضرة[١٠] فكذا عند

---

(١) قوله: "قالت: جميع ذلك" بأن قالت: زوجت نفسى من فلان، ولم يقبل فضولى من جانب بطل، أو قالت وقبل فضولى منه جاز. (عبد)

(٢) أي مجموع ما ذكر. (نهاية)

(٣) الخبر.

(٤) قوله: "وحاصل هذا أن الواحد إلخ" أي حاصل هذا الخلاف مندرج فى تلك المسألة، ولا بأس فى عدم تعلق ما نحن فيه لمجموع المسألتين، وذلك لتعلقه بالأخير. (عبد)

(٥) قوله: "لا يصلح فضوليا من الجانبين" أي إذا أتى بصيغة واحدة، أما إذا تعددت الصيغة بأن قال: زوجت وتزوجت فصحيح. (عبد)

(٦) لتعدد العاقدين حقيقة. (عبد)

(٧) أي أبو يوسف. (عبد)

(٨) قوله: "لو كان مأمورًا [وكيلا] إلخ" فالشخص الذى هو أصل وفضولى من جانب آخر، والشخص الذى هو فضولى من الطرفين كالمأمور من الجانبين، فكما جاز فى الواحد الذى له جهتان جاز فيما ذكرنا. (عبد)

(٩) قوله: "وصار [والجامع احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول. عناية] كالخلع إلخ" بأن قال الزوج: خالعت بكذا، أو قال: طلقت على كذا من المال، أو أعتقته على كذا من المال، فهم متفقون على أنه صحيح بصيغة واحدة مع عدم تعدد االطرف، فكذا ما نحن فيه. (عبد)

(١٠) قوله: "لأنه شطر حالة الحضرة" حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر، وبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك، فكذا عند الغيبة؛ لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة، وهى لم تختلف، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس. (عناية)

الغيبة، وشطرُ العقد لا يتوقف[١] على ما وراء المجلس، كما في البيع[٢] بخلاف المأمور من الجانبين؛ لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين[٣]، وما جرى بين الفضوليين عقدٌ تامٌ[٤]، وكذا الخلع[٥] وأختاه[٦]؛ لأنه تصرف يمين[٧] من جانبه[٨]، حتى يلزم[٩] فيَتم به. ومَن أمر رجلا أن يزوّجه امرأة، فزوّجه اثنتين في عَقدة لم تلزمه واحدة منهما[١٠]؛ لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة، ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير عينٍ للجهالة[١١]، ولا إلى

(١) فيبطل.

(٢) قوله: "كما في البيع" إذا قال: بعت عبدي من فلان، ولم يقبل من المشتري أحد، أو قال: بعت فلانا من فلان، ولم يقبل عن البائع والمشتري أحد، فيبطل.

(٣) قوله: "لأنه ينتقل إلخ" فكان العاقد متعددا، بخلاف الفضولي الواحد، فإنه لا ينتقل حال العقد العقد إليهما. (عبد)

(٤) لتحقق الطرفين حقيقةً [عبد] لوجود الإيجاب والقبول. (ع)

(٥) أي عقد تام.

(٦) الطلاق والإعتاق على مال.

(٧) قوله: "لأنه تصرف إلخ" وحاصله إذا قال الزوج: خالعتها على ألف يصح، لا لكونه أصيلا من جانبه فضوليا من جانب المرأة، بل لأن الخلع تصرف يمين من قبل الزوج حتى لا يصح رجوعه.
ولا يبطل بالقيام عن المجلس، وتصرف اليمين يتم بالحالف، فلا يحتاج إلى جعله فضوليا من قبل المرأة نعم! هو معاوضة من جانب المرأة، ولكن إذا بدت المرأة، وقالت: قد خالعت نفسي منه بألف، وهو غائب، فبلغه فأجاز لم يصح؛ لأن الخلع معاوضة من جانبها، فلا يتوقف على ما وراء المجلس.
وهكذا الحكم في الطلاق والعتاق على مال؛ فإنه يمين من جانب الزوج والمولى، معاوضة من قبل المرأة والعبد. (إله داد)

(٨) قوله: "من جانبه [الرجل]" يعني أنه تعليق، ولا حاجة في التعليق إلى الطرفين، فلا يقتضي إيجابا وقبولا. (عبد)

(٩) قوله: "حتى يلزم" حتى ههنا ابتدائية، فيجب رفع يلزم، ومعنى اللزوم أنه لا يصح له الرجوع، حتى لو ندم لا ينفعه. (عبد)

(١٠) قوله: "لم تلزمه إلخ" ولم يقل: لم يجز النكاح لأنه جائز، وليس بنافذ؛ لأنه نكاح الفضولي بمخالفة الأمر. (غاية البيان)

(١١) ولعدم ترتب فائدة النكاح. (عبد)

التعيين لعدم الأولوية، فتعين التفريق.

ومَن أمره أمير[١] بأن يزوّجه امرأة، فزوجه أمةً لغيره[٢] جاز عند أبي حنيفة رحمه الله رجوعًا إلى إطلاق اللفظ[٣]، وعدم التُهمة[٤].

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إلا أن يزوّجه كُفُؤًا[٥]؛ لأن المطلقَ ينصرف إلى المتعارف، وهو التزوج بالأكفاء.

قلنا: العرف مشترك[٦]، أو هو عرف عملي، فلا يصلح مقيّدًا[٧]، وذكر[٨] في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان[٩] عندهما؛ لأن كلّ أحد لا يعجز عن التزوّج بمطلق الزوج، فكانت الاستعانةُ في التزوّج بالكفء، والله أعلم.

باب المهر[١٠]

قال[١١]: ويصلح[١٢] النكاح وإن لم يسم فيه مهراً؛ لأن النكاح عقد

---

(١) قوله: "أمير" إنما قال أمير ليظهر عدم الكفاءة. (عبد)

(٢) قوله: "أمة لغيره" إنما قيد بالغير؛ لأنه لو زوج أمة نفسه لا يجوز إجماعًا لمكان التهمة. (ملا إله داد)

(٣) أي لفظ الامرأة.

(٤) إذ ليست أمة له. (عبد)

(٥) قال قاضي خان: دلت المسألة على أن الكفاءة في جانب النساء معتبر عندهما أيضًا. (ب)

(٦) قوله: "العرف مشترك" أي التعارف واقع في نكاح الحرة والأمة على السواء، وإن سلمنا أن التعارف إنما يكون في الحرة، فذلك غير قادح؛ لأن ذلك تعارف عملي، لا أن لفظ المرأة صار عرفا في الكفء، وإنما ينفع إذا كان لفظ المرأة صار عرفا في الكفؤ. (عبد)

(٧) قوله: "فلا يصلح [هذا العرف] مقيدا" أي لا يصلح العرف العملي مقيدا ومخصصا للفظ. (عبد)

(٨) أي محمد في "المبسوط". (عبد)

(٩) قوله: "استحسان" فإن القياس كما ذكر يقتضي عدم التخصيص بالكفوء، لكن الدليل يقتضي التخصيص. (عبد)

(١٠) قوله: "باب المهر" لما ذكر ركن النكاح وشرطه، وما هو في معنى الشرط، شرع في بيان حكمه، وهو وجوب المهر، وبه صرح في "المنشور" بأن وجوب المهر حكم النكاح؛ لأن المهر إما مسمى أو مهر المثل، يجب بالعقد فكان حكمه. (نهاية)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (غاية البيان)

انضمام وازدواج[١] لغةً، فيتم بالزوجين[٢]، ثم المهر[٣] واجب شرعا[٤]؛ إبانةً لشرف المحل[٥]، فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا[٦] إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها؛ لما بينا[٧]، وفيه خلاف مالك[٨]، وأقل المهر عشرة دراهم[٩]. وقال الشافعي: ما يجوزأن يكون ثمنًا في البيع، يجوزأن يكون مهرًا لها؛ لأنه[١٠] حقُّها[١١]، فيكون التقدير إليها. ولنا قوله عليه السّلام[١٢]: «ولا مهر أقل من عشرة»*، ولأنه[١٣]

---

(١٢) ذكرت غير مرة أن هذه االواو للاستفتاح، كذا سمعت من الأساتذة الكبار. (ب)

(١) قوله: "لأن النكاح عقد انضمام وازدواج" يعنى أن معناه اللغوى هو الازدواج يعنى جفت ساختن، لا مبادلة مال بمال، حتى يقتضى المال.

إن قيل: فعلى هذا ينبغى أن يكون صحيحًا بدون الشهود مع أنه لا يصح. قلنا: الأصل يقتضى ذلك لكن جعل الشارع صحته موقوفا على الشهود، فيتم بالزوجين، الحصر إضافى يعنى لا حاجة إلى المهر أصلاً. (عبد)

(٢) قوله: "فيتم بالزوجين" فلو شرطنا تسمية المهر لزدنا على النص، كذا فى "الكافى". (إله داد)

(٣) قوله: "ثم المهر إلخ" هذا كلام على سبيل التنزل أى إن سلمنا أن لا يصح بدون المهر، لكن لا حاجة إلى ذكره؛ لأن الشارع عين وكفى كفايته. (عبد)

(٤) لقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾.

(٥) البضع.

(٦) أى يصح.

(٧) قوله: "لما بينا [من أن النكاح عقد إلخ]" من أنه واجب حقا للشرع إبانة لشرف المحل. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "وفيه خلاف مالك" أى فيما إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها، فإن هذا النكاح لا يجوز عنده، فقال: لأنه عقد معاوضة، ملك متعة بملك مهر، فيفسد بشرط نفى عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن، إلا أنا نقول: إن النكاح بغير تسمية المهر صحيح بالإجماع، وما كان عوضا شرط ذكره فى العقد لا يختلف بين ترك ذكره وبين نفى ذكره كالبيع، ألا ترى أن البيع بلا ثمن مطلقًا عن ذكر الثمن سواء فى عدم الجواز. (نهاية)

(٩) قوله: "دراهم" الدرهم نصف مثقال وخمسه، وهو يصير أربعة عشر شعيرة، والمثقال عشرون قيراطا، والقيراط خمس شعيرات، والمراد من العشرة المضروبة. (عبد)

(١٠) أى المهر.

(١١) شرعه الله تعالى صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا. (عناية)

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام: «ولا مهر» إلخ" روى جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ينكح النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم» انتهى، وهكذا روى الدارقطنى فى "سننه"، كذا فى "تخريج الزيلعى".

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٩ ص٦٣. (نعيم)

حق الشرع وجوبًا؛ إظهارًا لشرف المحل، فيقدر بما له خطرٌ، وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة[١]. ولو سمى أقل من عشرة، فلها العشرة عندنا، وقال زفر: مهر المثل؛ لأن تسمية ما لا يصلح مهرًا[٢] كعدمها[٣].

ولنا أن فساد هذه التسمية لحقّ الشرع، وقد صار مقضيًا[٤] بالعشرة، فأمّا ما يرجع إلى حقّها، فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها، ولا معتبر بعدم التسمية[٥]؛ لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوضٍ تكرُّمًا، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير. ولو طلقها[٦] قبل الدخول بها تجب خمسة[٧] عند علمائنا الثلاثة، وعنده[٨] تجب المتعة، كما إذا لم يسم شيئًا[٩]، ومن سمى مهرًا عشرة فما زاد فعليه المسمّى إن دخل بها، أو مات عنها؛ لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل[١٠]، وبه يتأكد البدل، وبالموت ينتهي النكاحُ نهايته[١١]، والشيءُ بانتهاءه يتقرر ويتأكد، فيتقرر[١٢] بجميع

(١٣) المهر.

(١) قوله: "استدلالا بنصاب السرقة [عشرة دراهم]" فإنه في مقابلة عضو أي اليد، فكذا يكون العشرة في مقابلة بضع. (عبد)

(٢) كالخمر والخنزير. (عناية)

(٣) وعند عدم التسمية يجب مهر المثل.

(٤) مقضيا: ادا كرده شده.

(٥) قوله: "ولا معتبر إلخ" الحاصل أن لكل من الشارع والزوجة حقا، فيجب رعايتهما، ولا يخفى أن بالعشرة فيما رضيت بما دون العشرة يحصل رعاية الجانبين، بخلاف ما إذا انعدم المهر، فإنه وإن اقتضى حق الشرع أن يكتفى بالعشرة، لكن يجوز أن لا ترضى بها، وإنما رضيت بالعدم إظهارا لتكرمها. (عبد)

(٦) فيما إذا نكحها بما دون العشرة. (عبد)

(٧) دراهم.

(٨) زفر.

(٩) وطلق قبل الدخول يجب المتعة.

(١٠) أي البضع.

(١١) قوله: "ينتهي النكاح إلخ" وذلك لأن النكاح يتوقت إلى آخر الحياة، فتحقق به بكماله، والشيء إذا

مواجبه. وإن طلقها[1] قبل الدخول والخلوة، فلها نصف المسمى؛ لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾[2] الآية، والأقيسة متعارضة[3]، ففيه تفويت الزوج[4] الملك[5] على نفسه باختياره، وفيه عود المعقود عليه إليها سالما[6]، فكان المرجع فيه النصّ، وشرط[7] أن يكون قبل الخلوة؛ لأنها كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله.

قال[8]: وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً، أو تزوّجها على أن لا مهرَ لها فلها مهرُ مثلها، إن دخل بها أو مات عنها[9]. وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت[10]، وأكثرَهم[11] على أنه يجب[12] في الدخول، له: أن

تحقق بكماله ترتب عليه مواجبه، بخلاف ما إذا طلقها فإنه قطع النكاح، فالطلاق قاطع، والموت منه، والانتهاء لا يقتضي البقاء لجواز أن يصير الشيء كاملا، وينتفي. (عبد الغفور)

(١٢) النكاح.

(١) أي الامرأة التي سمي مهرها.

(٢) ﴿وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ الآية.

(٣) قوله: "الأقيسة إلخ" الحاصل أن الآية عام مخصوص؛ إذ نصف ما فرضتم مخصوص بما عدا الخمر والخنزير، والقياس راجح على العام المخصوص، فينبغي أن لا يكون عليه شيء، كما هو مقتضى القياس الثاني، أو يجب عليه كل المسمى، كما هو مقتضى القياس الأول، فأجاب بأن الأقيسة متعارضة، وإذا تعارضت الأقيسة تساقطت وإذا تساقطت اعتبر النص. (عبد)

(٤) قوله: "ففيه تفويت الزوج إلخ" فهو بمنزلة ما إذا أتلف المشترى المبيع قبل تسليم البائع، فإن عليه الثمن. (عبد)

(٥) أي ملك البضع.

(٦) قوله: "وفيه عود المعقود عليه إلخ" فهو بمنزلة فسخ المشترى البيع. (عبد)

(٧) أي القدوري. (عبد)

(٨) أي القدوري. (عبد)

(٩) قوله: "أو مات عنها [فإن بالموت ينتهي النكاح، والشيء بانتهاءه يتقرر، وكذا إذا ماتت عنه.]" أي مات متجاوزاً بعيداً عنها. (عبد)

(١٠) قبل الدخول.

(١١) أي أكثر أصحاب الشافعي. (عبد)

(١٢) لاستيفاءه منافع البضع.

المهر خالص حقها، فتتمكن من نفيه ابتداءً[١]، كما تتمكن من إسقاطه[٢] انتهاء. ولنا أن المهر وجوبا حقّ الشرع[٣] على ما مر[٤]، وإنما يصير حقًا لها في حالة البقاء، فتملك الإبراءَ دون النفي[٥].

ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة؛ لقوله تعالى[٦]: ﴿ومتّعوهن على الموسع[٧] قدرُه﴾ الآية، ثم هذه المتعة واجبة رجوعًا[٨] إلى الأمر[٩]، وفيه خلاف مالك[١٠]، والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها[١١]، وهي دِرع[١٢] وخِمار[١٣] وملحفة[١٤]، وهذا التقدير[١٥] مروى[١٦] عن عائشة

---

(١) قوله: "فتتمكن [كالمفوضة فلها أن تفوض مهرها. ب] من نفيه إلخ" هذا إنما يتأتى فيما إذا تزوجها على أن لا مهر لها، أما إذا لم يسم لها مهرا فلا. (إله داد)

(٢) بالإبراء.

(٣) قوله: "حق الشرع" بدليل قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾. (ب)

(٤) من أنه يجب صيانة للبضع عن الابتذال.

(٥) فإذا وجب حالة النفي، فلأن يجب حالة السكوت أولا. (ف)

(٦) قوله: "لقوله تعالى": ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقًا على المحسنين﴾ (الآية).

(٧) الغني.

(٨) فإن الأمر للوجوب. (عبد)

(٩) وإلى كلمة: حقًا.

(١٠) قوله: "وفيه خلاف مالك" فإنها عنده مستحبة؛ لأن الله تعالى سماها إحسانًا بقوله: ﴿حقًا على المحسنين﴾، ونحن نقول: إن الأمر وكلمة: "على" وكلمة: "متاعًا" مصدر مؤكد، وكلمة: "حقا" تدل على الوجوب، فلا بد من تأويل في ﴿المحسنين﴾ بأن معناه: على المحسنين الذين يقيمون الواجب، ويزيدون على ذلك إحسانًا منهم، كذا في "العناية".

(١١) قوله: "من كسوة مثلها" فإن كانت من السفلة فمن الكرباس، وإن كانت وسطا فمن القز، وإن كانت مرتفعة الحال، فمن الإبريسم. (عناية)

(١٢) قوله: "وهي درع [كرته]" أي قميص المرأة، وخمار أي ما تخمر به الرأس أي تغطى، وملحفة ما يلحف به من قرنها إلى قدمها. (مجمع الأنهر)

(١٣) مخمر.

(١٤) چادر.

(١٥) بالثلاثة.

وابن عباس، وقولُه(١): من كسوة مثلها" إشارة إلى أنه يعتبر حالُها(٢)، وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة(٣)؛ لقيامها مقامَ مهر المثل(٤)، والصحيحُ أنه يعتبر حالُه عملا بالنصّ، وهو قوله تعالى: ﴿على الموسع(٥) قدرُه وعلى المقتر(٦) قدرُه﴾، ثم هي(٧) لا تزاد على نصف مهر مثلها(٨)، ولا تنقص عن خمسة دراهم(٩)، ويعرف(١٠) ذلك في "الأصل".

وإن تزوّجها ولم يسمّ لها مهراً ثم تراضيا على تسميته، فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، وعلى قول أبي يوسف الأولِ نصفُ هذا المفروض(١١)، وهو قول الشافعي؛ لأنه

(١٦) قوله: "مروى" [قلت: أخرجه البيهقي عن ابن عباس. ت] وذلك لأن المرأة تصلي في ثلاثة أثواب، وتخرج فيها عادة، فتكون متعتها كذلك.

(١) أي قول القدوري في "مختصره". (ب)

(٢) قوله: "حالها" ومعنى قوله: ﴿على الموسع قدره﴾ إلخ أنه يؤخذ منه كسوة مثلها كملا، ويؤخذ منه على قدر فقر الزوج ويساره، فإن كان موسرا يؤخذ منه بقدر وسعه، والباقي عليه دين. (إله داد)

(٣) قوله: "في المتعة الواجبة" قيد به لأن المعتبر عنده في المستحبة حال الرجل. (إله داد)

(٤) قوله: "لقيامها مقام مهر المثل" الواجب في نكاح المفوضة، ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط، وبهذا يسقط ما ذكره الشارح من أنه كان من حقه أن يقول: لقيامها مقام نصف مهر المثل، فإنه يجب المتعة خلفًا عنه.(د)

(٥) الغني.

(٦) الفقير.

(٧) قوله: "ثم هي إلخ" يعني أن المتعة الواجبة إنما ينظر فيها إلى حال المرأة، أو حال الرجل إذا لم تزد على نصف، ولم تنقص من الخمسة، أما إذا زاد عليه، فلا تجب تلك الزيادة في المتعة، وإذا نقص من الخمسة لا يجوز أن ينقص من الخمسة، بل يجب أن يصل إلى الخمسة. (عبد)

(٨) قوله: "لا تزاد إلخ" لأن المسمى أقوى من مهر المثل لوجوبه بالعقد والتسمية، ومهر المثل يجب بالعقد فحسب، ولا يزاد على نصف المسمى إذا طلقها قبل الدخول في النكاح، فلان لا يزاد على نصف مهر المثل أولى، كذا في "الكافي". (إله داد)

(٩) قوله: "ولا تنقص إلخ" لأن المتعة وجبت عوضا عن البضع، وكل العوض لا يجوز أن يكون أقل من عشرة، فنصفه لا يجوز أن يكون أقل من خمسة. (إله داد)

(١٠) قوله: "ويعرف" أي يعرف وجه عدم الزيادة والنقصان في "الأصل" أي المبسوط. (عبد)

(١١) أي الذي فرض لها بعد.

مفروض فيتنصف بالنص[١]. ولنا أن هذا الفرض[٢] تعيين للواجب بالعقد، وهو مهر المثل، وذلك لا يتنصف، فكذا ما نزل منزلته، والمراد[٣] بما تلا الفرضُ في العقد؛ إذ هو الفرض المتعارف. قال[٤]: فإن زادها في المهر بعد العقد، لزمته الزيادة خلافا لزفر[٥]، وسنذكره في زيادة[٦] الثمن والمثمن[٧] إن شاء الله. وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول، وعلى قول أبي يوسف أولا تتنصف مع الأصل؛ لأن النصف عندهما يختص بالمفروض في العقد[٨]، وعنده المفروضُ بعده كالمفروض[٩] فيه[١٠] على ما مر[١١].

وإن حطّت عنه من مهرها صح الحط؛ لأن المهر بقاءً حقُّها، والحطُّ

(١) قوله: "بالنص" أي قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾، ولا فصل فيه بين المفروض في العقد، وبين المفروض بعد العقد، فيتنصف هذا كما يتنصف ذلك. (غاية البيان)

(٢) قوله: "أن هذا الفرض إلخ" يعني أن المفروض بعد العقد تعيين لمهر المثل، ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما قام مقامه، وهذا لأن الواجب بهذا العقد كان مهر المثل؛ لأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا، فوجب مهر المثل بحكم العقد، ثم المفروض بعد العقد لو لم يكن تعيينا لذلك، لوجب مهر المثل والمسمى جميعًا، الأول بحكم العقد، والثاني بحكم التسمية، وذلك لا يجوز. (غاية البيان)

(٣) قوله: "والمراد إلخ" فإن النص مطلق، والمطلق ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف هو المفروض حالة العقد لا بعده، فيتنصف ذلك، لا هذا. (غاية البيان)

(٤) أي القدوري في "المختصر". (ب)

(٥) قوله: "خلافا لزفر" فإنه يقول: الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد إن قبضت ملكت، وإلا فلا. (ع)

(٦) قوله: "وسنذكره [أي في فصل يذكر بعد باب المرابحة. ب] في زيادة إلخ" قلت: الحوالة إلى ما ذكر في الثمن والمثمن من قوله: ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن، وللبائع أن يزيد للمشتري في المبيع، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك، فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق. (إله داد)

(٧) المبيع.

(٨) بناء على أنه ينصرف على المتعارف.

(٩) عملا بالظاهر. (عناية)

(١٠) العقد.

(١١) في المسألة المتقدمة آنفًا. (عناية)

يلاقيه حالة البقاء[١]، وإذا خلا الرجل بامرأته[٢]، وليس هناك مانع[٣] من الوطئ، ثم طلقها، فلها كمال المهر[٤]. وقال الشافعي: لها نصف المهر[٥]؛ لأن المعقود عليه[٦] إنما يصير مستوفًى بالوطئ، فلا يتأكد المهر دونه، ولنا أنها سلّمتِ المبدل[٧] حيث رفعت الموانع[٨]، ذلك وسعُها، فيتأكد حقّها في البدل اعتباراً بالبيع. وإن كان[٩] أحدهما مريضًا، أو صائمًا في رمضان، أو محرمًا بحج فرض، أو نفل، أو بعمرة[١٠]، أو كانت

(١) وإن كان لا يصح النفي حالة الابتداء.

(٢) خلوة صحيحة.

(٣) سواء كان حسيًا، أو طبعيًا، أو شرعيًا. (عبد)

(٤) قوله: "فلها كمال المهر" لقوله تعالى: ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة، إذا الإفضاء عبارة عن الخلوة. (إله داد)

(٥) قوله: "لها نصف المهر" لأنه طلاق قبل المس، فيتنصف بالنص. (إله داد)

(٦) منافع البضع.

(٧) قوله: "سلمت إلخ" قاس ذلك بالبيع، كما أن بتسليم المبيع وتمكين المشتري يلزم تمام الثمن، كذا تمكين التصرف في البضع، وفيه أنه لا اعتبار للقياس في مقابلة النص، وقد وقع ههنا في مقابلته حيث قال: ﴿فإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾.
والمراد من المس هو الجماع، ويمكن أن يقال: إن النص عام مخصوص، والقياس راجع على العام المخصوص، وإنما قلنا: إنه مخصوص إذا لو كان المفروض مقداراً من الخمر، فإذا طلق قبل الجماع لا يلزم نصفه، فليس كل طلاق وقع قبل الجماع مستلزما للنصف، وإذا كان العام مخصوصا يبين بوجه آخر، وهو أن السبب يوضع كثيرا موضع المسبب، والخلوة سبب للوطئ، فأقيم مقامه، بل يجوز أن يقال: المراد الوطئ، أعم من الوطئ الحقيقي، وما هو وطئ حكمي، فيشمله النص، والقرينة على هذه الإرادة أن السبب يقع مقام المسبب كثيراً شائعاً.
وذهب بعضهم إلى أن المراد من المس الخلوة، وذلك لأن المس سبب للخلوة، فأطلق المسبب وأريد السبب، وفيه أنه يخرج الجماع في الملاء، ويدفع بأنه يثبت ذلك بطريق الدلالة. (عبد)

(٨) قوله: "حيث رفعت الموانع" إن قيل: يفهم منه أنه إذا كان الرجل مريضا مع هذا التسليم يلزم كمال المهر مع أنه لا يجب؛ لما سنذكره.
أجيب بأن ذلك ليس تسليمًا بحسب الحقيقة لعدم القدرة على الأخذ، وفيه أنه قاس على البيع، ولا يشترط في البيع قدرة الأخذ، وفيه أنا لانسلم عدم اشتراط قدرة المشتري على الأخذ. (عبد)

(٩) هذا شروع في بيان الموانع. (ب)

(١٠) قوله: "أو بعمرة" هي عبارة عن الطواف والسعي، والمراد من العمرة أيضًا أعم من الفرض والنفل. (عبد)

حائضًا، فليست الخلوة صحيحةً، حتى لو طلقها[١] كان لها نصف المهر؛ لأن هذه الأشياء موانع[٢]، أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع[٣]، أو يلحقه[٤] به ضررٌ، وقيل: مرضُه[٥] لا يعرى عن تكسر وفتور[٦]، وهذا التفصيل[٧] في مرضها. وأما صوم رمضان لما يلزمه[٨] من القضاء والكفارة[٩]، والإحرام[١٠] لما يلزمه[١١] من الدم[١٢]، وفساد النُسك[١٣] والقضاء. والحيضُ مانع طبعًا[١٤] وشرعًا.

وإن كان أحدهما صائمًا تطوعًا فلها المهر كله؛ لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية "المنتقى"[١٥]، وهذا القول في المهر[١٦] هو الصحيح،

(١) بعد الخلوة مع هذه الموانع.

(٢) من الوطئ.

(٣) قوله: "ما يمنع الجماع" أما في جانب الزوج، فكما كان في غاية الضعف، وأما في جانب الزوجة، فكما حدث لها تشنج، أو ورم في المجرى. (عبد)

(٤) أي المريض أعم من الرجل والمرأة. (عبد)

(٥) قوله: "وقيل إلخ" حاصله أن المرض في جانبها متنوع بلا خلاف، وأما المرض في جانبه فقد قيل: إنه أيضًا متنوع، وقيل: إنه غير متنوع، وأنه يمنع صحة الخلوة على كل حال، وجميع أنواعه في ذلك على السواء، قال الصدر الشهيد: هو الصحيح، ووجهه ما قال المصنف: إن مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور. (عناية)

(٦) فليس له نشاط. (عبد)

(٧) أي ما يمنع الجماع، أو يلحقه إلخ.

(٨) من الوطئ.

(٩) قوله: "والكفارة" والإثم أيضًا.

(١٠) بحج أو بعمرة.

(١١) من الوطئ.

(١٢) قوله: "من الدم" بذبح غنم، أو إبل مثلا. (عبد)

(١٣) بالضم بمعنى عبادت. (غياث)

(١٤) قوله: "طبعًا" أما طبعًا: فلأن فيه التلوث بالدم، وأما شرعا: فلقوله تعالى: ﴿لا تقربوهن حتى يطهرن﴾. (ب)

(١٥) قوله: "في رواية "المنتقى" [اسم كتاب للحاكم الشهيد. ب]" أما في غيرها، فلا يباح له الإفطار من

وصومُ القضاء والمنذور كالتطوع في رواية؛ لأنه لا كفارة فيه[١]، والصلاة بمنزلة الصوم[٢] فرضها كفرضه ونفلها كنفله[٣].

وإذ خلا[٤] المجبوب[٥] بامرأته، ثم طلقها، فلها كمال المهر عند أبي حنيفة. وقالا: عليه نصف المهر؛ لأنه أعجز من المريض، بخلاف العِنِّين[٦]؛ لأن الحكم أُدير على سلامة الآلة[٧]. ولأبي حنيفة أن المستَحقّ عليها[٨] التسليم في حقّ السحق[٩]، وقد أتت به[١٠].

قال[١١]: وعليها العدة في جميع هذه المسائل[١٢] احتياطًا استحسانًا[١٣]

غير عذر. (عبد)

(١٦) قوله: "وهذا القول في المهر إلخ" أي يعمل بهذه الرواية في باب المهر دون غيره، وذلك لأنه مسألة مجتهد فيها، ويجوز أن يعمل بحسب المسألة المجتهد فيها إذا روعي حق شخص، وههنا روعي جانب المرأة.

وأما على رواية غير "المنتقى": فلم يكن الإفطار مباحًا، فإذا عمل بمقتضى هذه الرواية، لزم أن لا يثبت إلا نصف المهر. (عبد)

(١) قوله: "لأنه لا كفارة" الحاصل أنه لا كفارة لكن فيه إثم، فمن نظر إلى الإثم لم يجعله في حكم صوم التطوع، ومن أغمض عنه ونظر إلى أنه لا كفارة فيه جعل في حكم صوم التطوع. (عبد)

(٢) قوله: "بمنزلة الصوم" التشبيه في الحكم لا في وجه الحكم، فإن الدليل مختلف، وذلك لعدم الكفارة ههنا، والمراد من الفرض أعم من الفرض الاعتقادي والعملي، فيشمل الوتر. (عبد)

(٣) قوله: "كنفله" وقد يقال: كيف يكون نفلها كنفله، وقد جاز نقض نفله دون نفلها، فلا يتقاسان. (إله داد)

(٤) قوله: "وإذ خلا" فإن التخلية فيه تسليم حتى يجب على المشتري الثمن، فكذا ههنا. (ب)

(٥) هو مقطوع الذكر والخصيتين. (ب)

(٦) قوله: "بخلاف العنين" العنين: من لا يقدر على الجماع مطلقًا مع وجود الآلة، أو يقدر على الثيب دون البكر. (مجمع الأنهر)

(٧) وليست للمجبوب.

(٨) أي على امرأة المجبوب.

(٩) بالفتح سودن. (م)

(١٠) أي بالتسليم المستحق عليها.

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(١٢) قوله: "في جميع هذه المسائل" أي سواء كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة، كخلوة المجبوب

لتوهم الشغل[١]، والعدةُ حقُّ الشرع[٢] والولدِ، فلا يصدق في إبطال حقّ الغير، بخلاف المهر[٣]؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه. وذكر القدوري في "شرحه"[٤] أن المانع إن كان شرعيًا[٥]، تجب العدة لثبوت التمكن[٦] حقيقة، وإن كان حقيقيًا كالمرض والصغر، لا تجب لعدم التمكن حقيقةً.

قال[٧]: وتُستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة، وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهراً[٨]. وقال الشافعي: تجب لكل مطلقة[٩] إلا لهذه[١٠]؛ لأنها وجبت صلةً[١١] من الزوج؛ لأنه أوحشها

أو غيره. (د)

(١٣) والقياس أن لا تجب لعدم وجود الخلوة. (ب)

(١) أي شغل الرحم بالوطئ وبالسحق. (إله داد)

(٢) قوله: "حق الشرع" أما إنها حق الشرع، فيدل عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها، وأما إنها حق الولد؛ فلقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره»، والمقصود منه رعاية نسب الولد، وهو حقه، فلا تصدق المرأة في إبطال حق الغير بقولها: لم يطأني. قيل: معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله: لم أطأها، بخلاف المهر فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه. (عناية)

(٣) فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة. (ب)

(٤) أي مختصر الكرخي. (عناية)

(٥) كالحيض.

(٦) وعدم التمكن شرعًا، فدارت بين الوجوب وعدمه، فيجب احتياطًا. (إله داد)

(٧) أي القدوري. (ب)

(٨) قوله: "وقد سمى لها مهرًا" ليس المراد به التسمية في صلب العقد، حتى يشكل بما ذكر في "المبسوط" وغيره: أن المتعة تستحب في التي طلقها قبل الدخول قد سمى لها مهرا، فلا يصح الاستثناء، بل المراد التسمية بعد العقد بأن تزوجها، ولم يسم لها مهراً، ثم تراضيا على تسميته، والمتعة لهذه ليست بمستحبة، بل واجبة. ثم لما استثني هذه صارت التي تزوجها، ولم يسم لها مهراً، لا في صلب العقد ولا بعده مستثناة بطريق الدلالة، فلا يشك الصدر ولا الاستثناء. (إله داد)

(٩) قوله: "تجب لكل مطلقة" بقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف﴾، فقد أوجب المتعة لكل مطلقة. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "إلا لهذه" أي التي طلقها زوجها قبل الدخول، وقد سمى لها بعد النكاح، أما التي سمى لها في صلب العقد، وقد طلقها قبل الدخول، فمستثناة دلالة. (ملا إله داد)

(١١) عطاء.

بالفـراق[١] إلا أن في هذه الصـورة نصف المهـر[٢] طـريقـة المتعـة[٣]؛ لأن الطـلاق فسخ في هـذه الحالـة، والمتعـة لا تتكرر.

ولنا أن المتـعة خلف[٤] عن مهر المثل في المفوضة[٥]؛ لأنه سقط مـهر المثل، ووجبت المتعـة، والعقـدُ يـوجب العـوض فكان خلفًا، والخلف لا يجـامع الأصل[٦]، ولا شـيـئًا[٧] منه، فـلا تجب مع وجـوب شيء من المهر، وهو غير جان[٨] في الإيحاش، فلا تلحقه الغرامة به، فكان من باب الفـضل. وإذ زوّج الرجل[٩] بنتَه على أن يزوجـه المتـزوج بنتَه أو أخـتـه؛ ليكون أحد العقدين[١٠] عوضًا عن الآخر، فالعقدان جائزان، ولكل واحدة

(١) فأوجبناها رفعا للوحشة. (ب)

(٢) أي نصف المفروض دون المتعة. (إله داد)

(٣) قوله: "طريقـة المتعـة إلخ" يعني أن نصف المهر يجب بطريق المتـعة؛ لأن الطلاق فسـخ معنى، وفي هذه الحالة يعود مالها إليها سالما، وذلك يقتضي سقوط المهر كله، كما في فسخ البيع، لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة، والمتعة لا يتكرر فلا يجب المتعة لهذه المطلقة، وتجب لغيرها. (عناية)

(٤) قـوله: "أن المتـعة إلخ" يعني أن المتـعة خلف عن مـهر المثل فـي المفوضـة؛ لوجود حـد الخلف؛ لأن مهـر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول، ووجبت المتعة، والحال أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه؛ لقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ على ما عـرف في الأصول، فكان وجـوب المتعـة مضـافـًا إلى العقد بـعد مهـر المثل، ولا نعني بالخلف إلا ما يجب بعـد سقوط شيء مضـافـًا إلى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الـوضـوء، فيثبت أنها خلف، والخلف لا يجامع الأصل، فالمتعـة لا تجامع مهر المثل، ولا شيئًا منها. (عناية)

(٥) بكسر الواو، (ب) التي زوجت نفسها بلا مهر.

(٦) كل المفروض، أي مهر المثل فيما إذا طلقها بعد الدخول، ولم يسم لها مهرًا. (إله داد)

(٧) أي نصف المفروض.

(٨) قوله: "وهو غير جان" جواب عن قوله: أوحشها بالفراق، وتقريره: سلمنا أنه أوحشـها بالفراق، لكنه لم يكن في الإيحاش جـانيا؛ لأنه فعل ما فـعله بإذن الشرع، فلا يلحـقه غرامة بوجـوب المتعة، فكان المتعـة بتأويل المتاع من باب الفضل أي الاستحباب. (عناية)

(٩) قوله: "وإذا زوج الرجل" هذا النكاح يسمى نكاح الشغار من الشغور، وهو الرفع والإخلاء، وهو من أنكحة الجاهلية. (ب)

(١٠)قوله: "ليكون أحد العقدين إلخ" لو قال: أحد البضعين عوضًا عن الآخر لكان أولى، وذلك بأن يزوج الآخر بنته، أو أخته على أن يكون بضع كل صداقًا للأخرى. (إله داد)

منهما مهر مثلها. وقال الشافعي: بطل العقدان؛ لأنه جعل نصفَ البضع[١] صَداقًا والنصف منكوحة، ولا اشتراك في هذا الباب، فبطل الإيجاب.

ولنا أنه سمّى ما لا يصلح صَداقًا، فيصح العقد، ويجب مهر المثل، كما إذا سمى الخمر والخنزير[٢]، ولا شركة[٣] بدون الاستحقاق.

وإن تزوج حرّ امرأةً[٤] على خدمته إياها سنة، أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها. وقال محمد[٥]: لها قيمةُ خدمته، وإن تزوج عبدٌ امرأة بإذن مولاه[٦] على خدمته[٧] سنة جاز، ولها خدمته.

وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين[٨]؛ لأن ما يصلح أخذُ العوض عنه بالشرط، يصلح مهرا عنده[٩]؛ لأنه بذلك[١٠] تتحقق المعاوضة، وصار كما إذا تزوجها على خدمة حُرٍّ آخر برضاه، وعلى

(١) قوله: "لأنه جعل إلخ" لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداقًا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين، فيصير النصف للزوج بحكم النكاح، لبنته بضعة بحكم المهر، فيلزم الاشتراك، والاشتراك في هذا الباب مبطل للإيجاب. (عناية)

(٢) فإنه ح يجب مهر المثل.

(٣) قوله: "ولا شركة إلخ" جواب الخصم، وبيانه: أن البضع لما لم يصح صداقًا لم يتحقق الاشتراك؛ لأن منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى، فبقى هذا شرطا فاسدا، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة. (عناية)

(٤) هذه من مسائل القدوري.

(٥) قوله: "وقال محمد" قال فخر الإسلام في "شرح الجامع الصغير": قال الفقيه أبو جعفر: ينبغي أن يكون قول أبي يوسف مثل قول محمد، وقال بعض مشايخنا: إنه كقول أبي حنيفة. (بناية)

(٦) العبد.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "لها تعليم القرآن، والخدمة في الوجهين" أي فيما إذا كان الزوج حرا أو عبدا؛ لأن كل ما جاز أخذ العوض عنه، فإنه يكون مهراً، ويجوز أخذ العوض عن تعليم القرآن، والإمامة، والأذان، عنده، فيجوز أن يكون مهراً، وكذا خدمة الحر فإنه يجوز أخذ العوض عنه عنده عند العقد بالإجماع، فيصلح مهراً. (غاية البيان)

(٩) الشافعي.

(١٠) أي بأخذ العوض عنه.

رعى الزوج غنمًا(١) . ولنا(٢) أن المشـروع(٣) إنما هو الابتـغــاءُ بالمال، والتعليم(٤) ليس بمال(٥)، وكذلك المنـافع عـلى أصلنا(٦)، وخـدمةُ العبد ابتغاءٌ بالمال؛ لتضمنه(٧) تسليم رقبته(٨)، ولا كذلك(٩) الحر، ولأن خدمة الزوج الحرِّ(١٠) لا يجوز استحقاقُها(١١) بعقد النكاح(١٢)؛ لما فيه من قلب الموضوع(١٣)، بخلاف خدمة حرٍّ آخر برضاه؛ لأنه لا مناقضة، وبخلاف خدمة العبد؛ لأنه يخدم مولاه(١٤) معنًى حيث يخدمها بإذنه وأمره، وبخلاف رعى الأغنَام؛ لأنه من باب القيام بأمور الزوجية، فلا مناقضة، على أنه ممنوع فى روايةٍ(١٥) .

---

(١) فإنه يلزم حينئذٍ ما قال.

(٢) الإمام محمد داخل فى قوله: لنا، بالنسبة إلى تعليم القرآن، ولذا قال: ولنا، وليس بداخل بالنسبة إلى الخدمة، فقال فى الأخير: ثم على قول محمد.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾.

(٤) أى تعليم القرآن.

(٥) فكيف يكون مهرا.

(٦) قوله: "وكذلك المنافع [كخدمة الحر] على أصلنا" لأنها لا تبقى زمانين، والتمول يعتمد البقاء زمانين، فلا يكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به شرعا، وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم. (عناية)

(٧) والعبد مال.

(٨) العبد.

(٩) فإنه ليس بمال.

(١٠) دليل ثانٍ.

(١١) للمرأة على الزوج.

(١٢) قوله: "بعقد النكاح" قيد به؛ لأنه يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فإن المرأة لو استأجرت زوجها ليخدمها جاز في ظاهر الرواية، ولكن له أن يرافع الأمر إلى القاضي فيفسخه. (إله داد)

(١٣) فإن الزوجة حينئذٍ تكون مخدومة.

(١٤) أي إذا خدم زوجته.

(١٥) قوله: "على أنه ممنوع في رواية" أي رواية الأصل، والصواب أن يسلم لها إجماعا استدلالا بقصة موسى وشعيب عليهما السلام، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله بلا إنكار، كذا قيل.

ثم على قول محمد: تجب قيمة الخدمة؛ لأن المسمّى[١] مال إلا أنه[٢] عجز عن التسليم لمكان المناقضة[٣]، فصار كالتزوّج على عبد الغير[٤]. وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يجب مهر المثل؛ لأن الخدمة ليست بمال؛ إذ لا يستحق[٥] فيه بحال، فصار كتسمية الخمر والخنزير[٦]، وهذا[٧] لأن تقومها بالعقد[٨] للضرورة[٩]، فإذا لم يجب تسليمه في العقد[١٠]، لا يظهر تقومه، فيبقى الحكم على الأصل، وهو مهر المثل.

فإن تزوّجها على ألف[١١]، فقبضتها ووهبتها له، ثم طلقها قبل

وجوابه: أن الله تعالى لما لم يشرع النكاح بدون المال، صار ذلك إنكارا للنكاح بما ليس بمال، ورعى الأغنام ليس بمال، فكان النكاح به منسوخًا. (د)

(١) هو الخدمة. (عناية)

(٢) الزوج.

(٣) فإنه يصير الزوج ح خادمًا.

(٤) فيجب قيمة عبد الغير.

(٥) قوله: "إذ لا يستحق إلخ" أي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال، ولو كان مالا لاستحقت؛ لأنه وجد المقتضي، وهو العقد الصادر من الأهل المضاف إلى المحل، وانتفى المانع، وهو كون المهر غير مال.
وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان كلمة أو هكذا: "أو لا يستحق فيه بحال"، وهو حسن لمعنيين: أحدهما: أن يكون كل واحد من قوله: لأن الخدمة ليست بمال، ولا يستحق فيه بحال دليلا على وجوب مهر المثل، ويكون الأول إشارة إلى قوله: ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال، والثاني: إشارة إلى قوله: ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعد النكاح. والمعنى الثاني: أن قوله: إذ لا يستحق فيه بحال، لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال إلا بما ينفيه من وجود المقتضي، وانتفاء المانع، وهو لا يتم لأن للخصم أن يقول: لا نسلم أنها لو كانت مالا لاستحقت فيه، وقوله: لأنه وجد المقتضي، وانتفى المانع، وهو كون المهر غير مال يقول: المانع غير منحصر في ذلك، بل كونه مفضيًا إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق، لكن سماعي بكلمة إذ. (عناية)

(٦) وفيها مهر المثل.

(٧) أي وجوب مهر المثل.

(٨) أي بعقد الإجارة.

(٩) أي لضرورة الناس وحاجاتهم.

(١٠) لمكان التناقض. (عناية)

(١١) عينًا، أو في الذمة. (عبد)

الدخول بها، رجع عليها بخمسمائة؛ لأنه لم يصل إليه بالهبة[١] عينُ ما يستوجبه[٢]؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى العقود والفسوخ[٣]، وكذا[٤] إذا كان المهر مكيلا، أو موزونًا آخر[٥] فى الذمة[٦] لعدم تعينها.

فإن لم تقبض الألفَ حتى وهبتها له، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحدٌ منهما[٧] على صاحبه بشىء، وفى القياس يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قول زفر؛ لأنه سلم المهرُ له بالإبراء، فلا تبرأ عما[٨] يستحقه[٩] بالطلاق قبل الدخول. وجه الاستحسان أنه وصل[١٠] إليه[١١]

(١) قوله: "لأنه لم يصل إليه [الزوج] إلخ" أى لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول، فإنه يتنصف الصداق بالنص، ولم يصل إليه عين ما يستوجبه بالهبة؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان بالتعيين فى العقود والفسوخ، فكانت هبة هذه الألف كهبة ألف أخرى، وإذا لم يصل إليه عين ما استوجبه كان له الرجوع. وكذا إذا كان المهر مكيلا، أو موزونا آخر فى الذمة غير الدراهم فقبضت، ثم طلقها قبل الدخول بها، يرجع عليها بنصف ذلك؛ لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت. (عنايه)

(٢) قوله: "عين ما يستوجبه [الزوج]" أى بالطلاق قبل الدخول؛ لأنه يستحق نصف المهر، والمقبوض ليس بمهر، بل هو عوض عنه؛ لأن المهر دين فى الذمة والمقبوض عين، فكان مثله لا عينه، ولهذا لا يلزمها رد عين ما قبضته بالطلاق قبل الدخول، فصارت هبة المقبوض كهبة مال آخر، وحق الزوج فى سلامة نصف الصداق ولم يسلم فله الرجوع، كذا فى "الكافى". (إله داد)

(٣) قوله: "لا تتعينان فى العقود والفسوخ" أما فى العقود: كما إذا اشترى شيئًا بدرهم حاضر جاز للمشترى أن يعطى من غير المشار إليه. وأما فى الفسوخ، فكما إذا أقال البيع بدرهم حاضر، جاز أن يعطى من غير المشار إليه، وإذا عرفت ذلك، فإذا وهبت الألف لم تعطه ما يستوجبه؛ لأن مستوجبه هو النصف المطلق أعم من أن يكون فى ضمن هذه الدراهم أو غيرها، فذلك المتعين غير متعين لأداء ما استوجبه. (عبد)

(٤) أى يرجع عليها بالنصف. (ب)

(٥) قوله: "أو موزونًا آخر" أى غير الدراهم والدنانير، والمراد به الحديد والرصاص وأمثالهما. (عبد)

(٦) قوله: "فى الذمة" وإنما قيد به إذ لو كان المكيل والموزون من المشار إليه يتعين. (عبد)

(٧) اتفاقًا بين أبى حنيفة وصاحبيه. (ب)

(٨) أى نصف المهر.

(٩) الزوج على الزوجة.

(١٠) قوله: "أنه وصل إلخ" حاصله أن المقصود وصول حقه إليه، وقد حصل، والأسباب ليست مقصودة بذاتها، حتى يراعى حالها. (عبد)

عينُ ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالي باختلاف السبب[١] عند حصُول المقصُود[٢].

ولو قبضت خمسمائة، ثم وهبت الألف كلها المقبوضَ وغيره، أو وهبت الباقي، ثم طلّقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة رح. وقالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت؛ اعتباراً للبعض[٣] بالكل[٤]، ولأن هبة البعض[٥] حطّ، فيلتحق[٦] بأصل العقد.

ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج حصل، وهو سلامة نصف الصّداق بلا عوض، فلا يستوجب[٧] الرجوعَ عند الطلاق. والحط[٨] لا يلتحق[٩] بأصل العقد في النكاح[١٠]، ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق[١١] حتى لا

(١١) الزوج.

(١) قوله: "ولا يبالي إلخ" أي أنه وصل إلى حقه ولو بالإبراء، والمقصود الوصول إلى حقه بأي سبب كان. (عبد)

(٢) وهو براءة الذمة عن نصف المهر. (ب)

(٣) قوله: "اعتباراً للبعض بالكل" فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج، ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت، فكذا إذا قبضت البعض. (عناية)

(٤) قوله: "بالكل" فكما أن في صورة الكل يرجع بالنصف، كذا في حق نصف الكل، فيرجع بنصف النصف. (عبد)

(٥) قوله: "ولأن هبة البعض" أي البعض الذي لم يقبضه حط، والحط يلتحق بأصل العقد، فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة. (عناية)

(٦) قوله: "يلتحق إلخ" وإذا التحق بأصله صار كل المهر هو المقبوض فينصف. (عبد الغفور)

(٧) على الزوجة.

(٨) جواب عن قولهما.

(٩) قوله: "لا يلتحق إلخ" ألا ترى أن من تزوج على عشرين درهمًا، فوهبت له خمسة عشر منها لا يجب عشرة، ولو التحق الحط بأصل العقد، لصار كأنه تزوجها على خمسة، ولو تزوجها على خمسة يجب العشرة، وهذا لأن النكاح ليس بعقد مغابنة ومبادلة مال بمال، فلم يجب فيه إسناد الإبراء، والحط إلى أصل العقد مع إمكان التحقيق في الحال. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "في النكاح" إنما قيد به إذ في البيع يلتحق بأصل البيع، فيصير بيعًا آخر، بخلاف

تتنصف(١)، ولو كانت وهبت أقلّ من النصف(٢)، وقبضت الباقي(٣)، فعنده يرجع عليها(٤) إلى تمام النصف(٥)، وعندهما بنصف المقبوض(٦).

ولو كان تزوجها على عرضٍ، فقبضت أو لم تقبض فوهبت له، ثم طلقها قبل الدخول بها، لم يرجع عليها بشيء، وفي القياس -وهو قول زفر- يرجع عليها بنصفِ قيمته(٧)؛ لأن الواجب فيه(٨) ردّ نصف عين المهر على ما مرّ تقريره(٩). وجه الاستحسان أن حقّه عند الطلاق سلامةُ نصف المقبوض من جهتها(١٠)، وقد وصل إليه، ولهذا(١١) لم يكن لها(١٢) دفعُ شيء

النكاح. (عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(١١) حتى لا تتنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق كذلك الحط. (عناية)

(١) قوله: "حتى لا تتنصف" فإذا زاد على المهر خمسين، ثم طلق قبل الدخول لا يتنصف خمسون. (عبد)

(٢) كالربع.

(٣) سه ربع.

(٤) إذ بهذا الرجوع يسلم له نصف الصداق، ولو بأي سبب كان.

(٥) الربع.

(٦) قوله: "بنصف المقبوض" فإنه لما وهبت أقل من النصف، والهبة حط، فالتحق بأصل العقد، فبقي المهر كأنه هو القدر المقبوض، فلما طلق قبل الدخول، رجع عليها بنصف القدر المقبوض. (عبد)

(٧) العرض.

(٨) قوله: "لأن الواجب فيه" أي في الطلاق قبل الدخول رد نصف عين المهر، وفيه أن الرد إنما يظهر فيما إذا قبضت، أما إذا لم تقبض فلا، ويمكن أن يقال: إن خلاف زفر ليس إلا في هذا الشق، أما في غير المقبوض فلا، أو يقال: الرد فرع القبض سواء كان حقيقةً أو حكمًا، فإنها إذا وهبت كأنها أخذت ووهبت. (عبد)

(٩) قوله: "على ما مر تقريره" يعني في قوله: لأنه سلم المهر له بالإبراء، فلا تبرأ عما يستحقه. (عناية)

(١٠) قوله: "من جهتها" إنما قيد بذلك إذ لو وهبت لشخص آخر، ثم وهب هذا الشخص للزوج يرجع الزوج بها؛ لأنه لم يصل إليه من جهة الزوجة. (عبد)

(١١) قوله: "ولهذا" أي لأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض، لم يكن لها أي مع وجود العرض المقبوض بنفسه. (عبد)

(١٢) اتفاقًا.

آخر مكانه[١]، بخلاف ما إذا كان المهر دينًا[٢]، وبخلاف ما إذا باعت[٣] من زوجها؛ لأنه وصل إليه ببدل. ولو تزوجها على حيوانٍ[٤] أو عروضٍ في الذمة، فكذلك الجواب[٥]؛ لأن المقبوض متعين في الردّ، وهذا[٦] لأن الجهالة تحملت في النكاح[٧]، فإذا عيّن يصير كأن التسمية وقعت عليه.

وإذا تزوجها على ألفٍ على أن لا يخرجها من البلدة[٨]، أو على أن لا يتزوج عليها أخرى، فإن وفى بالشرط فلها المسمى؛ لأنه صلح مهرا[٩]،

---

(١) العرض.

(٢) قوله: بخلاف ما إذا كان المهر دينًا [يعني الدراهم والدنانير في الذمة. عبد] وهي المسألة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف؛ لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين، ولهذا لو دفعت مكانه شيئًا آخر جاز.(ع)

(٣) قوله: "وبخلاف ما إذا باعت" يعني الصداق العرض من زوجها؛ لأنه وصل إليه ببدل، وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل، فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، فلذلك يرجع عليها بنصف المهر.(ع)

(٤) قوله: "ولو تزوجها على حيوان" يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقة، أو عروض في الذمة، بأن قال: على ثوب هروي بين جنسه ونوعه، فإنه حينئذ يجب الوسط مما سمي ويثبت دينا في الذمة، فيشبه النقود، فكذلك الجواب يعني إذا وهبته له ثم طلقه قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت، أو لم تقبض؛ لأن المقبوض متعين في الرد يعني أنها لو قبضته تعين عليها رده بعينه، وكلما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين، وإذا وهبت ما يتعين بالتعيين، فإن كانت الهبة بعد القبض فقد وصل إليه عين حقه؛ لأن اختلاف السبب غير معتبر، وإن كانت قبله فقد وصل إليه حقه، وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا معتبر باختلاف السبب. (عناية)

(٥) أي لا يرجع عليها بشيء. (ب)

(٦) قوله: "وهذا [أي تعينه في الرد. ب]" أشار به إلى أمرين: أحدهما: جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين، والآخر: أن المقبوض متعين في الرد. (ب)

(٧) قوله: "تحملت إلخ" الحاصل أن البيع بفرس غير مشخص بيع فاسد، حتى إذا باع شيئًا وأعطاه فرسا لم يصر الفرس ملكا له، وكان له أن يأخذ قيمة ذلك. أما النكاح: فيجوز فيه الجهالة؛ لأن في النكاح مساهلة ليس في غيره، فيجوز النكاح بفرس غير معين، ولما لم يمكن تسليم المطلق إلا في خصوصية في ذلك المطلق، فكأنه سلم المطلق، فإذا وهبت له سلم نصف المهر من جهتها، فلا يرجع عليها. (عبد)

(٨) قوله: "على أن إلخ" أي شرط النكاح بالألف على ما لها فيه نفع، فالمتبادر منه أن رضاها بالألف مبني على هذا النفع، فحينئذٍ نظر إن كان مهر المثل مساويًا للمسمى الذي هو الألف مثلا أو أقل، كان لها المسمى، وذلك الشرط تبرع منه، وإن كان مهر المثل أزيد، كان لها مهر المثل إذا لم يفِ به. (عبد)

(٩) لأنه سمى ما لها فيه نفع، وهو عدم إخراجها من البلدة، وعدم التزوج عليها. (ب)

وقد تم رضاها به. وإن تزوّج عليها أخرى، أو أخرجها، فلها مهر مثلها؛ لأنه سمّى[١] ما لها فيه نفع، فعند فواته[٢] ينعدم رضاها بالألف، فيكمل مهر مثلها، كما في تسمية الكرامة[٣] والهديّة مع الألف.

ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها، وعلى ألفين إن أخرجها، فإن أقام بها فلها الألف، وإن أخرجها فلها مهر المثل، لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن الألف، وهذا عن أبي حنيفة رح[٤]. وقالا: الشرطان جميعًا جائزان[٥]، حتى كان لها الألف إن أقام بها، والألفان إن أخرجها.

وقال زفر[٦]: الشرطان جميعًا فاسدان[٧]، ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزاد على ألفين. وأصلُ المسألة[٨] في الإجارات في قوله: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم، وسنبينها فيه[٩] إن شاء الله.

---

(١) قوله: "لأنه سمى" أى لأن الزوج ذكر ما لها فيه نفع، فالظاهر أن نقصان المهر فى مقابلة ذلك النفع. (عبد)

(٢) النفع.

(٣) قوله: "كما فى تسمية إلخ" أى كما ذكر مع الألف إنى أكرمك، و أعطيك هدية، فإنه إذا لم يفِ به، كان لها مهر المثل. (عبد)

(٤) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" لأن الشرط الأول قد صح، وموجبه مهر المثل إذا لم يفِ به، فيصير هو بالشرط الثانى نافيا موجب الشرط الأول ومغيرا له، والعطف للتغاير فيعارض الشرط الثانى فبطل، كذا فى الحاشية. (إله داد)

(٥) قوله: "جائزان" لأن فى كل من الشرطين غرضا، وقد سمى بإزاءه بدلا، فيجب اعتبار كل منهما تحقيقا لغرضه، قال عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم». (د)

(٦) وذكر مشايخ العراق قوله كقول أبى حنيفة. (ب)

(٧) قوله: "فاسدان" فإن المسمى مجهول؛ إذ لا يدرى أنه يقيم بها فيجب ألف، أولا فيجب ألفان، وجهالته يوجب مهر المثل. (ملا إله داد رحمه الله)

(٨) أى دليل المسألة. (عبد)

(٩) أى كتاب الإجارات. (ب)

ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد، فإذا أحدهما أوكس[١] والآخر أرفع، فإن كان مهر مثلها أقلّ من أوكسهما[٢]، فلها الأوكس، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع، وإن كان بينهما[٣]، فلها مهر مثلها، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لها الأوكس في ذلك كله[٤]، فإن طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع[٥] لهما[٦] أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمّى، وقد أمكن إيجابُ الأوكس؛ إذ الأقلُ متيقن[٧]، وصار كالخلع[٨] والإعتاقِ على مالٍ. ولأبي حنيفة أن الموجبَ الأصليّ مهر المثل؛ إذ هو الأعدل[٩]، والعدولُ عنه عند صحة التسمية[١٠]، وقد فسدت لمكان الجهالة، بخلاف الخلع[١١] والإعتاقِ؛ لأنه

(١) ناقص.

(٢) أو مساويًا. (عبد)

(٣) أي بين الأوكس والأرفع.

(٤) أي سواء كان مهر المثل أقل من الأوكس أو أزيد من الأرفع أو بينهما.

(٥) أي بإجماع أصحابنا. (ب)

(٦) قوله: "لهما إلخ" الحاصل أنهما يجعلان التسمية أصلا، وأما الإمام فيجعل مهر المثل أصلا. (عبد الغفور)

(٧) قوله: "إذ الأقل متيقن" فيه أن الأقل متيقن إذا كان من جنس غير الأقل، وليس كذلك؛ لأن صورة الأوكس مخالفة لصورة الأرفع، وإنما يصح ذلك في الدراهم والدنانير، فإن الأقل منهما مندرج في الأكثر منهما، نعم لو قيل: بقيمة الأوكس يصح ذلك لكنهما لا يقولان ذلك. (عبد)

(٨) قوله: "وصار كالخلع إلخ" مثلا إذا قال: خالعتك على هذا العبد، أو على هذا العبد فإنه يتعين الأوكس وكذا إذا قال: أعتقت هذا على هذا العبد أو على هذا العبد يتعين الأوكس. (عبد)

(٩) قوله: "إذ هو الأعدل" لأنه لا يقبل الزيادة والنقصان؛ لأنه قيمة منافع البضع، وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان، بخلاف التسمية؛ لأنها تقبلها. (عناية)

(١٠) قوله: "والعدول عنه إلخ" يعني أن الإمام يجعل مهر المثل أصلا في النكاح، فلا يجوز العدول عنه بلا ضرورة، وإذا عرفت ذلك فكان الأصل ههنا مهر المثل، وإنما يعدل عن هذا الأصل لصحة التسمية، ولم يصح التسمية لجهالة التسمية فيرجع إلى الأصل. (عبد)

(١١) قوله: "بخلاف الخلع إلخ" يعني أن الشارع لم يجعل للخلع والإعتاق شيئًا، حتى لو قال: خالعتك، أو أعتقتك بلا شيء كان صحيحا، بخلاف ما إذا تزوج. (عبد)

لا موجبَ له في البدلِ، إلا أن مهر المثل[١] إذا كان أكثر من الأرفع، فالمرأة رضيت[٢] بالحط[٣]، وإن كان أنقصَ من الأوكس، فالزوج رضى[٤] بالزيادة[٥]، والواجب[٦] فى الطلاق قبل الدخول فى مثله[٧] المتعة، ونصف الأوكس[٨] يزيد عليها في العادة، فوجب لاعترافه بالزيادة.

وإذا[٩] تزوجها على حيوان[١٠] غير موصوف[١١] صحت التسمية، ولها الوسط منه، والزوج مخيّر إن شاء[١٢] أعطاها ذلك[١٣]، وإن شاء أعطاها قيمتَه[١٤]. قال[١٥]: معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان[١٦].

(١) قوله: "إلا أن مهر المثل إلخ" جواب عما يقال: إذا كان مهر المثل هو الأعدل، كان المصير إليه واجبا فى الأحوال الثلاثة، ووجهه أنه كذلك إلا أن إلخ. (عناية)

(٢) فيحكم بالأرفع.

(٣) عن مهر المثل.

(٤) فيحكم بالأوكس.

(٥) على مهر المثل.

(٦) قوله: "والواجب إلخ" جواب عما يقال: إذا كان كذلك كان الواب أن يجب نصف الأرفع فيما رضيت فيه بالأرفع مهرا؛ لأن الواجب فى الطلاق قبل الدخول نصف المسمى، ووجهه أن الواجب فى الطلاق قبل الدخول فى مثله -وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة المتعة- ونصف إلخ. (عناية)

(٧) أى فى النكاح الفاسد.

(٨) قوله: "ونصف الأوكس إلخ" يعنى أن نصف الأوكس يجب على تقدير مساواته للمتعة، أو زيادته على المتعة، أما إذا كان أقل من المتعة فينبغى وجوب المتعة، وإنما حكمنا بنصف الأوكس؛ لجريه مجرى الغالب، فإن الغالب زيادة نصف الأوكس على المتعة. (عبد)

(٩) هذه المسألة من مسائل القدورى. (ب)

(١٠) قوله: "على حيوان" بالتنكير؛ إذ لو أضاف إلى نفسه كما إذا قال: على فرسى لم يكن لها الوسط، فهو بمنزلة أحد هذين العبدين. (عبد)

(١١) بالجيادة والرداءة. (عبد)

(١٢) قوله: "مخير إن شاء إلخ" أما الأول: فلأصالته من وجه، وأما الثانى: فلأن مرتبة الوسط تعرف بالقيمة، فيجوز العمل بكلا الأصلين. (عبد)

(١٣) الوسط.

(١٤) الوسط.

دون الوصف[١]، بأن يتزوجها على فرس أو حمار، أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة[٢] لا تجوز التسمية، ويجب مهر المثل.

وقال الشافعي: يجب مهر المثل في الوجهين جميعًا؛ لأن عنده ما لا يصلح[٣] ثمنًا في البيع لا يصلح مسمّى[٤]؛ إذ كلٌّ واحد منهما[٥] معاوضة. ولنا أنه معاوضة مالٍ بغير مال[٦]، فجعلناه[٧] التزامَ المال ابتداء، حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية[٨] والأقارير[٩]، وشرطنا[١٠] أن يكون

---

(١٥) أي المصنف. (ب)

(١٦) قوله: "أن يسمي جنس الحيوان" أي نوعه، والمراد من نوع الحيوان معنى يشترك فيه أفراد يكون المقصود الأصلي منها واحدًا، فعلى هذا الذكر والأنثى من الإنسان نوعان؛ لتفاوت المقاصد منهما.
وأما الذكر والأنثى من غيره، فالمقصود منهما الركوب، أو أكل اللحم منهما، وهو واحد. (عبد)

(١) من الجيد والوسط والرديء.

(٢) ولم يرد به الفرس. (عبد)

(٣) والمجهول لا يصلح ثمنًا.

(٤) في النكاح.

(٥) البيع والنكاح.

(٦) قوله: "بغير مال [منافع البضع]" وهو البضع، فكأنه يعطي المال مجانا ليس في مقابلته شيء، وفيه أنهم قالوا: إن البضع فيه خطر، فلهذا يجب في مقابلته مال ولم يصح هبته، بخلاف المال فكما أن المال يقتضي عوضا كذلك البضع، بل أقوى من ذلك. (عبد)

(٧) قوله: "فجعلناه" أي جعلنا النكاح التزام المال ابتداء بمنزلة أنه التزام ابتداء على نفسه شيئًا كما في الإقرار، حتى لا يفسد بأصل الجهالة أي الالتزام الابتدائي لا يفسد بالجهالة، فكذا ههنا. ونظيره الإقرار فإنه إذا أقر بشيء جاز، لكن عليه التعيين، وكذا الدية، فإن الشارع عين ابتداء الإبل والدراهم، وههنا جهل باعتبار أنهما غير مختصة بإبل معين، وجاز هذه الجهالة لوجود معين، وهو القاضي بحكم الله تعالى. (عبد)

(٨) قوله: "كالدية" فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة، وكما في الأقارير فإن من أقر لإنسان بشيء، صح إقراره. (عناية)

(٩) جمع إقرار. (ب)

(١٠) قوله: "وشرطنا إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: لما ألحق هذا بالإقرار ينبغي أن يصح التسمية ههنا وإن كان المسمى مجهول الجنس، كما في الإقرار، فإنه لو قال: لفلان علي شيء، يصح إقراره، ويجب عليه بيان ما أقر به. (نهاية)

المسمى مالا وسطه معلومٌ؛ رعايةً للجانبين[١]، وذلك[٢] عند إعلام الجنس؛ لأنه[٣] يشتمل على الجيّد والرديء والوسط، والوسطُ ذو حظٍّ منهما، بخلاف جهالة الجنس؛ لأنه لا واسطة لاختلاف معانى الأجناس، وبخلاف البيع؛ لأن مبناه[٤] على المضايقة والمماكسة[٥]. أما النكاح فمبناه على المسامحة[٦]، وإنما يتخيّر[٧] لأن الوسط لا يعرف[٨] إلا بالقيمة، فصارت أصلا[٩] في حق الإيفاء، والعبدُ أصل تسميةً فيتخير بينهما. وإن تزوجها على ثوبٍ غير موصوفٍ، فلها مهر المثل، ومعناه أنه ذكر الثوب، ولم يزد[١٠] عليه، ووجهُهُ أن هذه جهالة الجنس؛ لأن الثياب[١١] أجناس[١٢]، ولو سمى جنساً[١٣] بأن قال: هَرَوِى[١٤]، تصح التسمية، ويخير الزوج[١٥]؛ لما بينا[١٦].

---

(١) أى جانب الزوج والزوجة. (عبد)

(٢) أى هذا الشرط.

(٣) الجنس.

(٤) حتى يرد المبيع بالعيب اليسير إجماعاً. (إله داد)

(٥) قوله: "والمماكسة" مماكسة با كسى در چيزى مكس كردن، ومكس تنگى گرفتن در بيع وجز آن.

(٦) قوله: "فمبناه على المسامحة [با كسے آسان گرفتن كار. م]" حتى لا يرد المهر بالعيب اليسير عند علمائنا الثلاثة، فلا يؤدى إلى المنازعة. (إله داد)

(٧) الزوج.

(٨) أى لا يعرف جمهور الناس إلا بالقيمة. (عبد)

(٩) قوله: "فصارت [قيمته] أصلا إلخ" يعنى أن للقيمة أصالة باعتبار أن الوسط بها يعلم، وبالعين أصالة باعتبار أنه وقع التسمية عليه. (عبد)

(١٠) أى لم يذكر نوعًا.

(١١) من القطن والكتان وغيرهما.

(١٢) لاختلاف المقاصد.

(١٣) نوعًا.

(١٤) أى الكرباس الهروى.

(١٥) فى إعطاء الوسط وقيمته.

وكذا[١] إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية[٢]؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال[٣]، وكذا[٤] إذا سمى مكيلا، أو موزونًا، وسمى جنسَه دون صفته، وإن سمى جنسَه وصفتَه لا يخير[٥]؛ لأن الموصوف منها يثبت[٦] في الذمة ثبوتًا صحيحًا[٧]. فإن تزوج[٨] مسلم على خمر، أو خنزير، فالنكاح جائز، ولها مهر مثلها؛ لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد[٩]، فيصح النكاح ويلغو الشرط، بخلاف البيع[١٠]؛ لأنه يبطل[١١] بالشروط الفاسدة، لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى[١٢] ليس بمالٍ[١٣] في

(١٦) أن الثياب أجناس.

(١) أي يخير. (عبد)

(٢) قوله: "في ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبي حنيفةرح أن الزوج يجبر على تسليم الوسط، وهو قول زفر؛ لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال، ولهذا يجوز السلم فيه. ووجه الظاهر أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أنه إذا استهلك لا يضمن بالمثل، فصارت كالعبد. (عناية)

(٣) كالمكيل والموزون. (عبد)

(٤) قوله: "وكذا إذا سمى مكيلا، أو موزونًا، وسمى جنسه" مثل أن يقول: زوجتك على كر حنطة، أو من زعفران، ولم يزد على ذلك، كان الزوج مخيراً بين الوسط وقيمته. (عناية)

(٥) في إعطاء الوسط وقيمته.

(٦) حالاً، أو مؤجلا. (عناية)

(٧) قوله: "صحيحًا" أي على الإطلاق بخلاف الثوب الموصوف، فإنه لا يثبت في الذمة إلا في السلم على خلاف القياس، فيكون له فيما وراءه حكم سائر العروض. (إله داد)

(٨) هذه من مسائل القدوري. (ب)

(٩) وكل شرط فاسد لا ينافي النكاح. (عبد)

(١٠) قوله: "بخلاف البيع؛ لأنه يبطل بالشروط الفاسدة" لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده، وفي قوله: بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع، فإنه قال: تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر، ولا يمكن إيجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم، فكان كما لو باع عينًا بهما. (عناية)

(١١) قوله: "يبطل إلخ" وذلك لأن حقيقة البيع مبادلة مال بمال، بخلاف النكاح فإنه ليس مبادلة مال بمال بل حقيقته ليست مبادلة أصلا، حتى يصح النكاح وإن شرط عدم المهر، لكن يجب مهر المثل. (عبد)

(١٢) الخمر والخنزير.

حقّ المسلم، فوَجب مهر المثل.

فإن تزوج امرأة على هذا الدنّ من الخلّ فإذا هو خمر، فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة، وقالا: لها مثل وزنه[١] خلا.

وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حرّ، يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تجب القيمة[٢]. لأبي يوسف أنه أطْمَعَها مالا، وعجز عن تسليمه، فتجب قيمتُه[٣]، أو مثله[٤] إن كان من ذوات الأمثال[٥]، كما إذا هلك العبد المسمى[٦] قبل التسليم[٧]. وأبو حنيفة يقول: اجتمعت الإشارة والتسمية[٨]، فتعتبر الإشارة؛ لكونها أبلغ في المقصُود[٩]، وهو التعريف، فكأنه تزوج[١٠] على خمر أو حر.

ومحمد يقول: [١١] الأصل أن المسمى إذا كان من جنس[١٢] المشار إليه

---

(١٣) قوله: "ليس بمال" أي بمال له قيمة يتصور فيه التمليك، فإنهما وإن كانا مالين، لكن ليس لهما قيمة، ولا يتصور التمليك ويجب على الزوج تمليك مال له قيمة. (عبد)

(١) أي الدن.

(٢) أي قيمة الحر عبداً.

(٣) في هذا العبد.

(٤) في هذا الدن.

(٥) هي المكيل والموزون والمعدودي المتقارب.

(٦) فتجب القيمة.

(٧) إلى الزوجة.

(٨) قوله: "اجتمعت إلخ" فالخمر والخل متحدان ذاتا لتساويهما في الصورة، وفي الاختلاف لا بد من اختلاف الصورة والمنفعة معاً، والخمر والخل وإن اختلفا معنًا اتحدا صورةً، وكذا العبد والحر، ففي الصورتين يعتبر المشار إليه. (عبد)

(٩) قوله: "أبلغ إلخ" لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء، ويحصل بها كمال التمييز؛ لأن الإشارة إلى شيء وإرادة غيره ممتنعة. وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ، ويجوز إطلاق اللفظ، وإرادة غير ما وضع له.(ع)

(١٠) فيجب مهر المثل.

(١١) قوله: "يقول: الأصل [الأمر الكلي] إلخ" أي ذهب محمد إلى أن الخمر والخل ليسا متحدين لاختلافهما في المنفعة، والمعيار في الاختلاف هو اختلاف المنفعة، وإلى أن العبد والحر متحدان ذاتًا لقلة اختلاف

يتعلق[1] العقد بالمشار إليه؛ لأن المسمى[2] موجود في المشار ذاتًا، والوصف يتبعه، وإن كان من خلاف جنسه[3] يتعلق بالمسمى[4]؛ لأن المسمى مثل[5] للمشار إليه، وليس بتابع له[6]، والتسمية أبلغ[7] في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية[8]، والإشارةُ تُعرِّف الذاتَ.

ألا ترى أن من اشترى فصًا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد؛ لاختلاف الجنس، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد؛ لاتحاد الجنس، وفي مسألتنا[9] العبدُ مع الحر جنسٌ واحدٌ؛ لقلة التفاوت في المنافع، والخمرُ مع الخلّ جنسان[10]؛ لفحش التفاوت في المقاصد. فإن تزوجها على هذين العبدين، فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة؛ لأنه مسمى[11]، ووجوب

المنفعة، والاختلاف إنما يؤثر لو كان كثيرًا. (عبد)

(١٢) كالعبد والحر.

(١) فيجب مهر المثل في الحر.

(٢) قوله: "لأن المسمى إلخ" هي لأن التسمية هناك لا تدل على ماهية أخرى، وإنما تدل على صفة، والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق، والموصوف موجود في المشار إليه؛ لأنه هو المشار إليه لولا الصفة، ولم يعتبر الصفة لتبعيتها. (عناية)

(٣) كالدن من الخل والخمر.

(٤) أي الخل.

(٥) في الاستحقاق أن يكون مرادًا. (عناية)

(٦) لأن المقتضي لعدم شيء لا يتبعه، فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية إلخ.

(٧) إذا كانا من جنسين. (عناية)

(٨) قوله: "تعرف الماهية" المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي، والذات هو الموجود في الخارج يصح أن يكون مشارا إليه بإشارة حسية. (عناية)

(٩) أراد به قوله: وإذا تزوجها على هذا العبد. (ب)

(١٠) فإن أحدهما لا يسد مسد الآخر. (ب)

(١١) قوله: "لأنه مسمى" أي لأنه يعتبر الإشارة، والإشارة إلى الحر يخرجه عن العقد، فكان تسمية العبد الثاني لغوًا، فكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك، ولا يجب مهر المثل؛ لأنهما لا يجتمعان. والمصنف ذكر

المسمى وإن[١] قلّ يمنع[٢] وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف: لها العبد[٣]، وقيمةُ الحر لو كان عبداً؛ لأنه أطمعها سلامةَ العبدين[٤]، وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته. وقال محمد -وهو رواية عن أبي حنيفة-: لها العبد الباقي إلى تمام[٥] مهر مثلها إن كان مهرُ مثلها أكثر من قيمة العبد؛ لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل[٦] عنده[٧]، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد[٨] إلى تمام مهر المثل.

وإذا فرق القاضي بين الزّوجين في النكاح الفاسد[٩] قبل الدخول، فلا مهر لها؛ لأن المهر فيه لا يجب[١٠] بمجرد العقد لفساده[١١]، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع[١٢]، وكذا بعد الخلوة[١٣]؛ لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن[١٤]، فلا تقام[١٥] مقام الوطئ. فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد

في دليل أبي حنيفة قوله: لأنه مسمى؛ بناء على ما ذكرنا من أن الإشارة أبطلت العبد الثاني. (عناية)

(١) الواو وصلية.

(٢) لكن يجب التتميم إلى العشرة. (عبد)

(٣) الباقي.

(٤) من غير نقصان شيء منهما. (عبد)

(٥) أي يتم مهر مثلها. (عبد)

(٦) كما مر في المسألة المتقدمة. (عبد)

(٧) محمد.

(٨) الباقي.

(٩) قوله: "في النكاح الفاسد" كالنكاح في عدة آخر، أو نكاح الخامسة في عدة الرابعة، أو النكاح إلى أجل متعين، أو النكاح من غير شهود، وأمثالها. (عبد)

(١٠) قوله: "لا يجب إلخ" أي لا كلا ولا جزءً لفساد النكاح، بخلاف ما إذا نكح نكاحًا صحيحًا، فإنه يجب نصف المهر قبل الدخول. (عبد)

(١١) العقد.

(١٢) ولم يوجد.

(١٣) قوله: "وكذا بعد الخلوة [أي لا مهر لها]" أية خلوة كانت، لأن تلك الخلوة غير صحيحة لوجود مانع شرعي، وهو عدم حل الوطئ، فهو بمنزلة أن المرأة حائضة. (عبد)

(١٤) أي على الوطئ لحرمته.

على المسمى عندنا، خلافًا لزفر[1] هو[2] يعتبر بالبيع الفاسد[3]. ولنا أن المستوفى[4] ليس بمال، وإنما يتقوم بالتسمية، فإذا زادت[5] على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية، وإن نقصت لم تجب[6] الزيادة على المسمى؛ لعدم التسمية[7]، بخلاف البيع[8]؛ لأنه مال متقوم فى نفسه، فيتقدر بدله بقيمته. وعليها العدة[9]؛ إلحاقًا[10] للشبهة بالحقيقة فى موضع الاحتياط، وتحرزًا عن اشتباه النسب[11].

(١٥) الخلوة.

(١) قوله: "خلافًا لزفر" فإنه يقول: إن لها مهر المثل مطلقًا، حتى لو زاد على المسمى يجب الإتمام، وقاسه على البيع الفاسد، مثلا إذا باع غلاما بمائه بيعًا فاسداً و قبض المشترى، ثم تلف كان له قيمة الغلام بالغًا ما بلغت. (عبد)

(٢) زفر.

(٣) قوله: "بالبيع الفاسد" كما إذا باع غلامًا بشرط أن يخدم البائع شهرًا.

(٤) منافع البضع.

(٥) قوله: "فإذا زادت إلخ" يعنى إن مقدار مهر المثل بما كان باعتبار التسمية، فإذا زادت التسمية اعتبر قدر مهر المثل من التسمية، ولم يعتبر الزيادة عليه لعدم صحة التسمية، وإذا نقصت التسمية عن مهر المثل نقص عن مهر المثل، إذ ليس في مقابلة مهر المثل شيء من التسمية، فالحاصل أنه يأخذ مهر المثل كله أو بعضه من التسمية. ففي الصورة الأولى: تأخذ الكل، وفى الصورة الثانية: تأخذ البعض؛ إذ ليس فى مقابلة الزيادة من مهر المثل شيء فى التسمية، كما أشار إليه بقوله لانعدام التسمية. (عبد)

(٦) قوله: "لم تجب إلخ" أورد عليه لزوم التناقض؛ لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه، فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم، وإن كانت صحيحة فشمول الوجوب.
وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه، صحيحة من حيث إن المسمى مال متقوم، فاسدة من حيث إنها فى عقد فاسد، فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت، لانضمام رضاها. (ف)

(٧) قوله: "لعدم التسمية" أى لأنها لم تسم الزيادة، فكانت راضية بالحط مسقطة حقها فى الزيادة إلى تمام مهر المثل حيث لم تسم تمامه. (ف)

(٨) جواب عن قياس زفر. (عناية)

(٩) أى فى النكاح الفاسد.

(١٠) قوله: "إلحاقًا إلخ" وذلك لأن العدة عبارة عن حرمات تنقضي إلى أجل وهى حرمة الخروج والتزوج بزوج آخر والتزين، والشبهة كالحرمات فى الحقيقة. (ملا إله داد رحمه الله).

(١١) فلعلها تكون حاملة.

ويعتبر ابتداءها[١] من وقت التفريق[٢]، لا من آخر الوطئات هو الصحيح[٣]؛ لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح[٤]، ورفعُها بالتفريق، ويثبت نسب ولدها؛ لأن النسب يحتاط في إثباته إحياءً للولد[٥]، فيترتب[٦] على الثابت من وجه. وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد[٧] وعليه الفتوى[٨]؛ لأن النكاح الفاسد ليس بداعٍ إليه، والإقامة[٩] باعتباره[١٠].

قال: ومهر مثلها يعتبر بأخواتِها[١١]، وعماتِها، وبناتِ أعمامها؛ لقول ابن مسعود[١٢]: "لها مهر مثل نساءها لا وكْس[١٣] فيه، ولا شَطَط[١٤]"،

(١) العدة.

(٢) قوله: "من وقت التفريق" بأن افترقا بأنفسهما، وقال بعضهم: أي بتفريق القاضي. (عبد)

(٣) احتراز عن قول زفر. (عناية)

(٤) لوجود ركنه من الإيجاب والقبول. (عناية)

(٥) قوله: "إحياء للولد" إذ لو لم يثبت نسبه ولم يكن له مرب فيضيع الولد ويموت. (عبد)

(٦) أي النسب.

(٧) قوله: "عند محمد" وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: من وقت النكاح، كما في النكاح الصحيح؛ لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح. (عناية)

(٨) قوله: "وعليه الفتوى" حتى لو ولدت بعد ستة أشهر بعد الدخول كان الولد له، وإن قبل ذلك فلا، هذا في النكاح الفاسد، وأما في النكاح الصحيح فالابتداء من وقت النكاح، وإنما كان كذلك؛ لأن النكاح الصحيح داع إلى الوطئ شرعًا، فأقيم مقام الوطئ، بخلاف النكاح الفاسد، فإنه غير داع إليه، فلم يقم مقامه. (عبد)

(٩) أي إقامة النكاح مقام الوطئ. (عناية)

(١٠) أي باعتبار كونه داعيًا.

(١١) قوله: "يعتبر بأخواتها" من جانب الأب وهي مقدمة على العمات وبنات العمات، لا بنات عماتها إلا إذا كانت منسوبة إلى من هو منسوب إلى أبيه، وكذا بنات بنات الأعمام. (عبد)

(١٢) قوله: "لقول ابن مسعود" قلت: أخرجه الترمذي، قال: سئل ابن مسعود عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقًا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: "لها مثل صداق نساءها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث". (ت)

(١٣) نقصان.

(١٤) زيادة.

وهن[١] أقارب الأب[٢]، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه[٣]، وقيمةُ الشيء إنما تُعرف بالنظر في قيمة جنسه[٤]، ولا يعتبر بأمها، وخالتها، إذا لم تكونا من قبيلتها؛ لما بينا[٥]. فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنتَ عمه[٦]، فحينئذٍ يعتبر بمهرها[٧]؛ لما أنها من قوم أبيها، ويعتبر في مهر المثل[٨] أن تتساوى المرأتان[٩] في السنّ، والجمال، والمالِ، والعقلِ، والدين[١٠]، والبلدِ[١١]، والعصرِ؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف[١٢]، وكذا يختلف[١٣] باختلاف الدار[١٤] والعصر، قالوا: ويعتبر

---

(١) قوله: "وهن" ليس من كلام ابن مسعود، بل تفسير نساءها من المصنف، بناءً على أن الظاهر من إضافة النساء إليها باعتبار قرابة الأب؛ لأن الإنسان من جنس قوم أبيه، ولذا صحت خلافة ابن الأمة إذا كان أبوه قرشيًا. (ت)

(٢) قوله: "وهن أقارب الأب" وهذا تفسير من ابن مسعود، فكأنه فهم من الإجماع أو من النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن لها مهر مثل نساءها، وذلك مجمل أراد تفسيره ففسره بذلك، وكان ذلك التفسير لعلمه من العرب. (عبد)

(٣)قوله: "من جنس قوم أبيه" أي ينسب إلى قوم أبيه، وهذه مقدمة مشهورة لا يقال: قد يعتبر من جانب الأم، كما في السيادة، فإن السيادة إنما هي باعتبار فاطمة رضي الله تعالى عنها؛ لأنا نقول: اعتبار جانب الأم هناك لكمال شرفها. (عبد)

(٤) بحسب العرف. (عبد)

(٥) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر إلى قيمة جنسه. (ع)

(٦) أي عم الأب. (عبد)

(٧) الأم.

(٨) قوله: "ويعتبر في مهر المثل إلخ" يعني بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر، حتى يتساويا سنا، وجمالا، ومالا، ودارا، وعصرا، وعقلا، ودينا، وبكارة، وأدبا، وكمال خلق، وعدم ولد، وفي العلم أيضًا، فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر بمهرها؛ لأن البلدين يختلف عادة أهلهما في المهر في غلاءه ورخصه. (ف)

(٩) قوله: "أن تتساوى المرأتان" فإن لم تكن فمن الأجانب التي يوجد فيها تلك الأوصاف، وإن اختلفت الأجانب فالمعتبر الوسط، وينبغي أن يعتبر الأقل؛ لأنه المتيقن. (عبد)

(١٠) أي الديانة. (عبد)

(١١) قوله: "والبلد" فإن البلاد تتفاوت حالها في اعتبار المهر وكذا الأوقات، فلهذا قال: والعصر. (عبد)

(١٢) السن، والجمال، والمال، والعقل، والدين.

التساوى[١] أيضًا فى البكارة؛ لأنه[٢] يختلف بالبكارة والثيوبة[٣].

وإذا ضمن الولىّ[٤] المهر صح ضمانه[٥]؛ لأنه[٦] أهلُ الالتزام، وقد أضافه إلى ما[٧] يقبله، فيصح، ثم المرأة بالخيار فى مطالَبتها زوجها، أو وليّها؛ اعتباراً بسائر الكفالات[٨]، ويرجع الولىّ إذا أدى على الزوج إن كان[٩] بأمره، كما هو الرَسم فى الكفالة.

وكذلك يصح هذا الضمان[١٠] وإن كانت الزوجة صغيرة، بخلاف ما إذا باع الأب مالَ الصغير[١١]، وضمن الثمن؛ لأن الولىّ سفيرٌ ومعبرٌ فى

---

١٣ قوله: "وكذا يختلف إلخ" لما لم يكونا من الأوصاف أفرد بالذكر، لا يقال: المال ليست منها، فينبغى أن لا يعتبر، لأنا نقول: المال وصف باعتبار أنه ينسب إلى الشخص وبحسب العرف. (عبد)

(١٤) أى البلد. (عناية)

(١) قوله: "قالوا: ويعتبر إلخ" لم يذكره محمد وصاحب القدورى، لهذا ذكره ونقل عن الجماعة، فقال: ما قال. (عبد)

(٢) المهر.

(٣) قال الجوهرى: الثيب من النساء التى قد تزوجت، والجمع ثيبات، والثيابة والثيوبة فى مصدرهما ليس من كلامهم. (ب)

(٤) قوله: "وإذا ضمن الولى" أى ولى الصغير بأن زوجه امرأة وضمن المهر، أوالمراد ولى ابنته الكبيرة، ثم بقوله فيما بعد: ثم المرأة إلخ يعلم أن المراد به الثانى، لكن الحكم وهو صحة الضمان لا يتفاوتُ بين الصورتين، كذا فى الشرح. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "صح ضمانه" الولى إذا عقد جاز أن يضمن ذلك؛ لأنه ليس أصيلا فى العقد؛ لأن أحكام النكاح راجعة إلى المولية، بخلاف البيع، فإنه إذا باع بالوكالة أوالولاية كان أصيلا فى ذلك العقد، والموكل فى حكم العدم، فإذا اعتبر الضمان لزم اجتماع أمرين متقابلين بشىء واحد. (عبد)

(٦) الولى.

(٧) المهر.

(٨) فإن لرب المال أن يطالب المديون والكفيل.

(٩) قوله: "إن كان [الكفالة] بأمره" أما إذا لم يكن بأمره فذلك تبرع ليس له الرجوع. (عبد)

(١٠) أى ضمان الولى.

(١١) فإنه لا يجوز.

النكاح، وفي البيع عاقدٌ ومباشِرٌ[١] حتى ترجع العهدةُ[٢] عليه والحقوقُ إليه، ويصح إبراءه[٣] عند أبي حنيفة ومحمّد، ويملك قبضَه[٤] بعد بلوغه[٥]، فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه[٦]، وولايةُ قبض المهر[٧] للأب بحكم الأبوة، لا باعتبار أنه عاقدٌ، ألا ترى أنه[٨] لا يملك القبضَ بعد بلوغها، فلا يصير[٩] ضامنا[١٠] لنفسه.

قال[١١]: وللمرأة أن تمنع نفسَها[١٢] حتى تأخذ المهر[١٣]، وتَمنعه أن يخرجها أي يسافر بها ليتعين حقّها[١٤] في البدل[١٥]، كما تعيّن حق الزوج

---

(١) الأبُ.

(٢) قوله: "العهدة" بملاحظة حال المبيع من السلامة من العيب، ومن التسليم إلى غير ذلك. (عبد)

(٣) أي المشترى. (عناية)

(٤) الثمن.

(٥) الصغير.

(٦) قوله: "يصير ضامنا لنفسه [أى لأجل نفسه. عبد]" وهذا لا يمكن؛ إذ الضمان عبارة عن ضم ذمته إلى ذمة في المطالبة، وهذا لا يتحقق إذا ضمن لنفسه. (د)

(٧) قوله: "وولاية إلخ" يعني إذا كان المولية صغيرة جاز له أن يقبض المهر، لكن لا باعتبار أنه عاقد حتى يكون أصيلا، بل باعتبار الأبوة التي هي منشأ الولاية، فلما كان أخذه بهذا الاعتبار، كان أخذه بطريق النيابة، فلم يلزم محذور، كما ذكرنا. (عبد)

(٨) الأب.

(٩) الأب.

(١٠) في المهر.

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(١٢) دخل بها أو لم يدخل.

(١٣) أي المعجل.

(١٤) قوله: "ليتعين حقها" أي يصير حقه مشخصاً، كما أن المبدل مشخص، وإنما كان المبدل مشخصاً، وإن كان المبدل حقيقةً هو المنفعة؛ لأن ما يحصل منه المنفعة يقام مقام المنفعة، فكان المبدل مشخصاً، ولما تشخص المبدل لزم تشخص البدل؛ لأن عقد المبادلة يقتضي التساوي. فإن كان من أحد الجانبين معيناً، لزم أن يكون من الجانب الآخر أيضاً، وتعين البدل فيما إذا كان البدل في الذمة لا يحصل إلا بالقبض، لكن بقي ما إذا كان جعل عرض معين مهرا فإنه يتعين بدون القبض، فلا يلزم تقدم القبض، وح يكون البدل والمبدل متعينين. (عبد)

(١٥) المهر.

في المبدل، وصار كالبيع[١].

وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله، وزيارةِ أهلها حتى يوفيها المهر كلَّه أي المعجل؛ لأن حقّ الحبس لاستيفاء المستَحَقّ، وليسَ له[٢] حق الاستيفاء قبل الإيفاء[٣]. ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها[٤]؛ لإسقاطها حقَّها بالتأجيل كما في البيع[٥]، وفيه خلاف أبي يوسف[٦]. وإن دخل بها فكذلك الجواب[٧] عند أبي حنيفة، وقالا: ليس لها أن تمنع نفسَها، والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها، حتى لو كانت مكرَهَة، أو كانت صبيةً أو مجنونةً لا يسقط حقّها في الحبس بالاتفاق، وعلى هذا الخلاف[٨] الخلوةُ بها برضاها، ويبتني على هذا[٩] استحقاق النفقة[١٠]. لهما أن المعقود عليه كلَّه قد صار مسلَّما إليه بالوطئة الواحدة أو بالخلوة، ولهذا يتأكد بها[١١] جميعُ المهر، فلم يبقَ لها حقّ الحبس كالبائع إذا

---

(١) قوله: " وصار كالبيع " في أن البائع له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعين.(ع)

(٢) الزوج.

(٣) أي إيفاء المهر.

(٤) إذا لم يدخل بها.

(٥) فإنه ليس للبائع حق الحبس إذا أجل الثمن.

(٦) قوله: "وفيه خلاف أبي يوسف" قال: إن موجب النكاح عند الإطلاق تسليم المهر عينًا كان أو دينًا، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد، فقد رضي بتأخير حقه إلى أن يوفي المهر بعد حلول الأجل، وبه فارق البيع؛ لأن تسليم الثمن أولا ليس من موجبات البيع لا محالة، ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لا يجب تسليم أحد البدلين أولا، فلم يكن المشتري راضيًا بتأخير حقه في المبيع إلى أن يوفي الثمن، وجعل ا لفتوى على قول أبي يوسف. (نهاية)

(٧) قوله: "فكذلك الجواب" أي في الوجه الأول يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر المعجل.(ع)

(٨) قوله: "وعلى هذا الخلاف" أي إن كانت الخلوة برضاها فعلى الاختلاف، وإن كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق. (عناية)

(٩) أي الخلاف.

(١٠) قوله: "استحقاق النفقة" يستحقها مدة المنع عنده؛ لأنه منع بحق، ولا يستحقها عندهما؛ لأنها ناشزة.(ع)

(١١) قوله: "ولهذا يتأكد إلخ" يعني لو كان البدل في مقابلة الوطئة الأخرى لم يجب الكل، بل

سلّم المبيع(١)، وله أنها منعت منه ما قابل بالبدل؛ لأن كلّ وطئة تصرفٌ في البضع المحترم، فلا يُخلى عن العوض إبانةً لخطره. والتأكدُ بالواحدة(٢) لجهالة ما وراءها(٣)، فلا يصلح مزاحمًا(٤) للمعلوم، ثم إذا وجد وطئ آخرُ، وصار معلومًا تحققت المزاحمة(٥)، وصار المهر مقابلا بالكل(٦)، كالعبد إذا جنى جنايةً يدفع كله(٧) بها، ثم إذا جنى أخرى وأُخرى، يدفع بجميعها(٨). وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء؛ لقوله تعالى(٩): ﴿أسْكِنوهن من حيث سكنتم﴾(١٠)، وقيل(١١): لا يخرجها إلى بلد غير بلدها(١٢)؛ لأن الغربة تؤذي، وفي قرى المصر القريبةِ لا تتحقق الغربة.

يتجزأ بالوطئات. (عبد)

(١) فليس له حق الحبس.

(٢) جواب عن قولهما، أي تأكد المهر بالوطئة الواحدة.

(٣) قوله: "لجهالة ما وراءها" أي ما وراءها غير معلوم، بل مجهول التحقق. (عبد)

(٤) قوله: "فلا يصلح مزاحمًا" لقائل أن يقول: إذا لم يكن المعدوم مزاحما، بل المزاحمة إنما يتحقق حال الوجود، فينبغي أن لا يكون لها المنع؛ إذ المعدوم لا يحصل المعارضة.

وأجيب بأن ما هو بصدد الوجود يقام مقام الوجود، فإذا عزم على الوطئة فكأنها قد تحققت، لا يقال: إذا عزم الوطئة، ثم طلق بعد ذلك ينبغي أن يتأكد بالواحدة؛ لأن العزم قائم مقام الآخر؛ لأنا نقول: العزم إنما يقوم مقامه إذا لم يحكم بانتفاءه، وههنا قد حكم بانتفاءه بواسطة الطلاق. (عبد)

(٥) قوله: "تحققت المزاحمة" وإلا لا يتحقق في مقابلة الوطئة الثانية شيء من المهر، وليس بالإجماع.

(٦) أي بكل الوطئات.

(٧) قوله: "يدفع كله" الحاصل أن عبد شخص إذا جنى جناية كان عليه إما تسليم العبد أو إعطاء موجب الجناية، قيل: إن يسلم العبد إذا جنى جناية أخرى ليس عليه أن يؤاخذ بجناية، ويقال: إن العبد صار في مقابلة جناية، وإذ جنى أخرى يؤخذ منه شيء آخر. (عبد)

(٨) لوجود المزاحمة.

(٩) قوله: "لقوله تعالى: ﴿أسكِنوهن﴾ إلخ" قد يقال: الضمير في أسكنوهن للمطلقات بدليل سياق الآية وسباقها، حتى احتج به علماءنا على وجوب النفقة للمبتوتة، فلا ينتهض دليلا على جواز نقل المنكوحة حيث شاء.(د)

(١٠) قوله: "من حيث سكنتم" من بمعنى في وليس للتبعيض، قيل: ذلك غير جائز؛ لأنه صرف، وظاهر الآية عام يشمل ما إذا أوفى أو لم يوف، لكنه مخصوص بما إذا أوفى. (عبد)

(١١) القائل الفقيه أبو الليث.

(١٢) قوله: "إلى بلد غير بلدها" الظاهر أراد البلد البعيد من بلده أي في مسافة القصر بقرينة قوله: وفي

قال(١): ومن تزوج امرأة، ثم اختلفا في المهر(٢)، فالقول قول المرأة(٣) إلى تمام مهر مثلها(٤)، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل، وإن طلقها قبل الدخول بها(٥)، فالقول قوله في نصف المهر(٦)، وهذا عند

قرى إلخ، وإنما لم يقيد بالبعيد؛ لأن الغالب تباعد البلدان. (عبد)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٢) قوله: "ثم اختلفا إلخ" الاختلاف في المهر إما في قدره أو أصله، وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتهما، أو موت أحدهما، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله، فإن اختلفا في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكّم مهر المثل، فمن كان جهته كان القول قوله مع يمينه، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعوتين تحالفا، ويعطى مهر المثل، هذا على قول أبي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي، وعلى تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها، ويحكم مهر المثل. وقال أبو يوسف: القول للزوج مع يمينه في الكل إلا أن يأتي بشيء قليل، وفسره المصنف وجماعة بأن يذكر ما لا يتعارف مهراً لها، "وهو الصحيح" احتراز عن قول من قال: أن يذكر ما لا يصلح مهراً شرعاً أعني أن يذكر ما دون العشرة؛ لأنه ذكر هذا اللفظ في البيع في ما إذا اختلفا في الثمن، فالقول للمشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وليس في الثمن تقرير شرعي.
وقد يقال: ذلك لتعيين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر، أما ههنا فكما يتصور المستنكر عرفاً يتصور المستنكر شرعاً، ويجاب بأن المستنكر شرعاً مستنكر عرفاً، فحيث اعتبرناه اعتبرناه، فصار الحاصل من قولنا إن ما يستنكر مطلقاً لا يكون القول قوله مع يمينه فيه، سواء كان مستنكراً عرفاً أو شرعاً، ولأنه لو كان شرعاً لم يتحقق؛ لأنه إذا ادعى خمسة كملت عشرة، ولغا كلامه؛ لأن العشرة في كونه مهراً لا يتجزأ، وتسمية بعض ما يتجزأ شرعاً كتسمية كله، فلا يتصور حينئذ أن يأتي بالمستنكر شرعاً، وليس هذا بشيء؛ لأن عدم تصحيح الخمسة وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لإثباته بما يستنكر، فقد تصور.
ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر في الرجوع عن الشهادة، لو ادعى أنه تزوجها على مائة، وهي تدعي ألفا ومهر مثلها ألف وأقام البينة، ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبي يوسف؛ لأنه لولا الشهادة لكان القول قوله، ولو لم يجعل المائة مستنكر في حقها، وإن اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية "الجامع الصغير"، ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه على ما في الأصل، وقال أبو يوسف: القول للزوج إلا أن يأتي بشيء قليل على ما مر. (ف)
قوله: "ثم اختلفا" أي إن كان الاختلاف حال قيام النكاح، أو بعد الفرقة بعد الدخول، أو بعد موت أحدهما، فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها، والقول قول الزوج أو ورثته في الزيادة. (عناية)

(٣) مع يمين أنه ليس ناقصاً مما يدعي الزوج. (عبد)

(٤) قوله: "إلى تمام مهر مثلها" أي بشرط أن لا يزيد، وأ ما في الزيادة فالقول قول الزوج مع يمين عدم الزيادة، فيكون مهر المثل هو الحكم، فإن كان موافقاً لما قالته الزوجة فالقول قولها، و إن كان ما قاله الزوج فالقول قوله. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٥) قوله: "قبل الدخول بها" وإنما قيد بقبل الدخول؛ إذ بعد الدخول يلزم تمام المهر. (عبد)

(٦) قوله: "فالقول قوله إلخ" ومهر المثل ليس حكماً ههنا؛ إذ بعد الطلاق لم يكن مهر المثل،

أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : القول قوله بعد الطلاق وقبله ، إلا أن يأتي بشيء قليل[١] ، ومعناه ما لا يتعارف مهراً لها هو الصحيح[٢] . لأبي يوسف : أن المرأة تدعي الزيادة ، والزوج ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، إلا أن يأتي[٣] بشيء يكذّبه الظاهر فيه ، وهذا لأن تقوم[٤] منافع البضع ضروري[٥] ، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمّى لا يصار إليه[٦] . ولهما أن القول في الدعاوى قولُ مَنْ يشهد له[٧] الظاهر ،[٨] والظاهر شاهدٌ لمن يَشْهد له مهر المثل ؛ لأنه هو الموجَب الأصلي[٩] في باب النكاح ، وصار كالصّباغ[١٠] مع ربّ الثوب ، إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكّم فيه قيمة

فلا يصح اعتبار كونه حكماً، بخلاف ما إذا لم يطلق. (حاشية ملا عبد الغفور)

(١) قوله: "إلا أن يأتي بشيء قليل" فإنه يذهب حينئذٍ إلى مهر المثل إذا كان بعد الطلاق. (عبد الغفور)

(٢) قوله: "هو الصحيح [يعني أن تفسير القليل بما لايتعارف مهرالها هوالصحيح. عبد]" هذا احترازعن قول بعض مشايخنا في تفسير قول أبي يوسف حيث قالوا: معناه مادون العشرة، فإنه مستنكر شرعاً؛ لأنه لامهر أقل من عشرة دراهم، والأصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلايعلم أنه لايتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادةً.(ن)

(٣) قوله: "إلا أن يأتي إلخ" استثناء من الصغرى أي كونه منكراً إنما يكون إذا لم يكذبه، أما إذا كذبه فليس هو منكراً. (حاشية عبد الغفور)

(٤) قوله: "وهذا لأن إلخ" يعني أنه إنما كان منكراً حتى يكون هو مدعى عليه؛ لأن مبنى جعل الزوجة منكرة اعتبار مهر المثل، ولا اعتبار له ما دام يمكن إيجاب شيء من المسمى، وههنا يمكن فلا يعتبر مهر المثل، وهي مدعية للزيادة، فصار الزوج منكراً لما ادعته. (عبد)

(٥) قوله: "ضروري" أي جعل منفعة البضع متقوماً بمهر المثل إنما يكون عند الضرورة، ولا ضرورة ههنا؛ إذ يمكن إيجاب شيء من المسمى. (حاشية عبد الغفور)

(٦) مهر المثل.

(٧) قوله: "قول من يشهد له إلخ" هذا اتفاقي، وإنما النزاع في أن ما نحن فيه كذلك، أم لا؟ فقال: والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل، ولا يلزم من جعله شاهدا إيجابه حتى يرد علينا ما ذكره أبو يوسف من أن تقوم منافع البضع إلخ؛ إذ نحن لم نوجب مهر المثل، بل نجعله شاهدا حتى يجب شيء من المسمى، إما في جانب الزوج، أو الزوجة. (حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله)

(٨) قوله: يعني ظاهر الحال. (ب)

(٩) شرعاً. (ب)

(١٠) قوله: "وصار كالصباغ إلخ" لو قال: صار كمن آجر سكنى لكان أنسب بما نحن فيه ليكون مقابل المال المنفعة، بخلاف الصباغ فإنه يقع في الآخر في مقابلة اللون الذي هو عين لا منفعة. (حاشية عبد الغفور)

الصبغ(١). ثم ذكر(٢) ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قولُه(٣) فى نصف المهر، وهذا روايةُ "الجامع الصغير" و "الأصل."(٤) وذكر فى "الجامع الكبير": أنه يحكّم متعة مثلها، وهو قياس قولهما(٥)؛ لأن المتعة موجبةٌ بعد الطلاق(٦) كمهر المثل قبله، فتحكَّم كهو(٧). ووجه التوفيق(٨) أنه وضع(٩) المسألة فى "الأصل"(١٠) فى الألف والألفين(١١)، والمتعة لا تبلغ

(١) قوله: "يحكم [بصيغة المجهول من التحكيم. ب] فيه إلخ" يعنى يقوم الثوب بلا صبغ، ثم يقوم معه، فحينئذٍ ينظر إن وافق قول الصباغ يقبل قوله، وإن وافق قول صاحب الثوب يقبل قوله.

والظاهر أن ذلك قبل الصبغ؛ لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فإن صاحب الثوب يدعى أن يتملك وجوب الصبغ، والصباغ ينكر ويدعى زيادة شيء، وصاحب الثوب ينكر فإذا يرجع إلى قيمة الصبغ، ويجعل حكماً كما ذكرناه. وأما بعد الصبغ فلا يتحقق ههنا لصاحب الثوب دعوى؛ إذ بمجرد صبغ الثوب حصل مقصوده؛ لأنه بمنزلة أنه قبض المبيع، فح ينبغى أن يكون القول قول صاحب الثوب، هذا عندهما.

وأما عند محمد: لا يفرق بين ما إذا ما حصل القبض أو لم يحصل، فإنه يقول:أن يجعل كل منهما مدعى عليه باعتبار أصل العقد، فكان صاحب الثوب يقول عنده ما تحقق بهذا المقدار، والصباغ يقول: بذلك المقدار، وإذا كان كذلك لم يكن فرق بين ما قبل الصبغ وما بعده، لكنهما يقولان: لا ثمرة لهذا النزاع، ولا حاصل له إلا طلب الصباغ للزيادة، وأما صاحب الثوب فلا يطلب. (حاشية عبد الغفور)

(٢) صاحب القدورى. (عبد)

(٣) الزوج.

(٤) أى المبسوط. (عبد)

(٥) قوله: "وهو قياس قولهما" أى قول أبى حنيفة ومحمد: وإنما خصهما بالذكر؛ لأن عند أبى يوسف القول قول الزوج فى جميع الصور. (عناية)

(٦) قوله: "موجبة إلخ" يعنى أن الواجب بالطلاق قبل الدخول فيما إذا كان المهر مسمى هو المتعة المقدر بقدر النصف لما عرف أن نصف المهر طريقه طريق المتعة، فلما وقع الاختلاف فى نصف المفروض فذلك فى المعنى اختلاف فى قدر المتعة الواجبة ابتداء. وفى الظاهر هو الاختلاف فى نصف المفروض، واعتبار الظاهر يوجب تحكيم مهر المثل لظهور أن معرفة نصف المسمى لا يحصل إلا بمعرفة الكل، والمرجع فى معرفته هو مهر المثل، واعتبار المعنى يوجب تحكيم المتعة إلا أنه فى المعنى اختلاف فى قدر المتعة الواجبة ابتداء، كأنه يقول: المتعة الواجبة على خمس مائة، وهى تقول: بل هى ألف، ولو اختلفا على هذا الوجه كان الواجب هو تحكيم المتعة، فكذا هذا؛ اعتبارا للمقصود من الاختلاف دون الصور. (إله داد)

(٧) أى كمهر المثل.

(٨) قوله: "ووجه التوفيق" أى بين رواية "الجامع الكبير"، وبين رواية "الجامع الصغير" و"الأصل". (ع)

(٩) محمد. (ب)

هذا المبلغ في العادة، فلا يفيد تحكيمُها(١)، ووَضعها(٢) في "الجامع الكبير" في المائة والعشرة(٣)، ومتعةُ مثلها عشرون، فيفيد(٤) تحكيمُها، والمذكور في "الجامع الصغير" ساكتٌ عن ذكر المقدار، فيُحمل(٥) على ما هو المذكور في "الأصل". وشرح قولهما(٦): فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أنَّ الزوجَ إذا ادعى الألفَ والمرأة الألفين، فإن كان مهر مثلها ألفًا(٧)، أو أقلّ، فالقول قولُه(٨)، وإن كان ألفين، أو أكثر فالقول قولُها(٩)، وأيهما أقام البينة في الوجهين(١٠) تقبل، وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتُها؛ لأنها تثبت الزيادة(١١)، وفي الوجه الثاني بينته؛ لأنها تُثبت الحط(١٢).

---

(١٠) مبسوط. (ب)

(١١) أي قال الزوج: لزم على ألف، وقال الزوجة: ألفان.

(١) قوله: "فلا يفيد تحكيمها" يعني لم يكن للتحكيم أثر وفائدة، فإنا إذا قلنا: إن القول قول الزوج كان ذلك صحيحًا، فلا حاجة إلى التحكيم. (ملا عبد الغفور)

(٢) محمد.

(٣) قوله: "في المائة والعشرة" بأن قالت الزوجة: مائة، وقال الزوج: عشرة. (حاشية عبد الغفور)

(٤) حيث يؤيد جانب الزوجة.

(٥) قوله: "فيحمل [فإن الأصل هو الأصل]" وقيل: إن المبسوط صنف أولا، ثم الجامع الصغير، فيكون المذكور في "المبسوط" كالمعهود، وقيل: في المسألة روايتان.

(٦) الطرفين.

(٧) قوله: "فإن كان إلخ" أي فهما يحكمان مهر المثل ابتداء، بخلاف الكرخي فإنه يقدم الحلف لاحتمال أن يصير المسمى معلومًا بالنكول، وبعد التحالف يحكم مهر المثل. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٨) قوله: "فالقول قوله [في إنكار الزيادة. إله داد]" يعني يثبت مهر المثل والزيادة عليه؛ لأنه معترف بها، ورضي بها. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٩) لأنها رضيت بالحط.

(١٠) أي سواء كان مهر المثل شاهدا له أو لها. (عبد)

(١١) قوله: "لأنها تثبت الزيادة" والزيادة خلاف الظاهر، كما إذا كان شيء في يد شخص وكان له بينة على أنه ملكه، فإذا أقام شخص آخر، فالقول قول هذا الشخص. (حاشية ملا عبد الغفور)

(١٢) قوله: "لأنها تُثبت الحط" أي الحط عن مهر المثل، والحط عن مهر المثل خلاف الظاهر، فيعتبر بينته؛

وإن كان مهر مثلها ألفًا وخمس مائة[١] تحالفا[٢]، وإذا حلفا تجب ألف وخمس مائة[٣]، هذا تخريج الرازى[٤]. وقال الكرخى[٥]: يتحالفان[٦] فى الفُصول الثلاثة، ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك[٧].

ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى[٨] يجب مهر المثل بالإجماع؛ لأنه هو الأصل عندهما[٩]، وعنده[١٠] تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه، ولو كان الاختلاف[١١] بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما[١٢]؛ لأن اعتبار مهر المثل لا يَسقط بموت أحدهما.

لما ذكرنا فى نظيره. (حاشية ملا عبد الغفور)

(١) قوله: "ألفًا وخمس مائة" أى زائدًا على ما قاله الزوج، وناقصًا عما قالته المرأة. (عبد الغفور).

(٢) كل على إنكار دعوى الآخر.

(٣) قوله: "ألف وخمس مائة [أى نفس مهر المثل. عبد]" وإن نكل يجب الألفان تسمية، وإن نكلت وجب الألف مسمى. (د)

(٤) قوله: "هذا تخريج الرازى" [الجصاص. ب]يعنى أنهما لم يصرحا بذلك لكنه رأى ذلك موافقًا لقواعدهما. (عبد)

(٥) هو أستاذ أبى بكر الرازى. (ب)

(٦)قوله: "يتحالفان [أولا] فى الفصول الثلاثة" أى فيما إذا وافق مهر المثل الزوج أو الزوجة، أو لم يوافق أحدًا منهما، وذلك لاحتمال أن يظهر المسمى، و ظهوره بالنكول. (عبد)

(٧) قوله: "ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك" أى فى صورة الموافقة لأحدهما، وأما فى صورة المخالفة لكليهما، فيعتبر مهر المثل. (عبد)

(٨) قوله: "فى أصل المسمى" بأن لا يثبت واحد منهما المسمى، ويقول الآخر: قد كان، سواء كان مع تعيين المقدار أو لم يكن.أما عندهما: فلأن مهرالمثل هوالأصل فيعتبر، وأما عنده:فلتعذرالحكم بالمسمى، أما فى صورة غير التعيين فظاهر، وأما فى صورة التعيين فلأن مجرد ادعاء واحد منهما أن المهر هو هذا غير مجد.(عبد)

(٩) الطرفين.

(١٠) أبى يوسف.

(١١) قوله: "ولو كان الاختلاف" سواء كان فى المقدار أو فى الأصل بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما، ففى الصورة الأولى: يحكم مهر المثل على التفصيل الذى ذكرناه فى الحياة، وفى الصورة الثانية: يعتبر نفس مهر المثل. (عبد)

(١٢) أى حال قيام النكاح. (ب)

ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار، فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة، ولا يستثنى القليل(١). وعند أبي يوسف القول قول الورثة(٢) إلا أن يأتوا بشيء قليل، وعند محمد(٣) الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة، وإن كان(٤) في أصل المسمى(٥)، فعند أبي حنيفة القول قول مَنْ أنكره(٦). فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده(٧) بعد موتهما على ما نبينه من بعد(٨) إن شاء الله. وإذا مات الزوجان(٩)، وقد سمّى لها مهراً، فلورثتها أن يأخذوا ذلك(١٠) من ميراثه(١١)، وإن لم يسمّ لها مهراً، فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة، وقالا: لورثتها المهرُ في الوجهين(١٢).

معناه المسمى في الوجه الأول ومهرُ المثل في الثاني، أما الأولُ: فلأن المسمى دينٌ في ذمّته(١٣)، وقد تأكد بالموت(١٤)، فيُقضى من تركته إلا إذا

---

(١) قوله: "ولا يستثنى القليل" بخلاف أبي يوسف، فإنه إذا قال: إن القول قول ورثة الزوج بعد الطلاق يقول بالاستثناء على ما مر، والإمام مع أنه يقول: قول ورثة الزوج لا يقول بالاستثناء. (عبد)

(٢) أي ورثة الزوج.

(٣) قوله: "وعند محمد" يعني أنه يعتبر التحكيم، أو نفس مهر المثل كالجواب في حالة الحياة أي حياة المجموع، أو حياة أحدهما. (عبد)

(٤) الاختلاف.

(٥) بعد موتها.

(٦) قوله: "فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره" وعندهما يقضى بمهر المثل، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وعليه الفتوى. (ب)

(٧) الإمام.

(٨) يعني قوله: ولأبي حنيفة أن موتهما يدل إلخ. (عبد)

(٩) سواء كان قبل الدخول أو بعده.

(١٠) المهر.

(١١) الزوج.

(١٢) أي التسمية وعدمها.

(١٣) الزوج.

علم أنها ماتت أولا[١]، فيسقط نصيبُه من ذلك[٢]. وأما الثانى: فوجه قولهما: أن مهر المثل صار دينا فى ذمّته كالمسمى، فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدُهما، ولأبى حنيفة أن موتهما يدل[٣] على انقراض أقرانهما[٤]، فبمهر[٥] مَن يُقَدِّر القاضِي مهر المثل. ومن بعث إلى امرأته شيئًا فقالت: هو هديّة، وقال الزوج: هو من المهر، فالقول قوله[٦]؛ لأنه هو المملِّكُ فكان أعرفَ بجهة التمليك، كيف؟ وإن الظاهر أنه يَسْعى[٧] فى إسقاط الواجب. قال[٨]: إلا فى الطعام الذى يؤكل، فإن القول قولها، والمراد منه[٩] ما يكون مهيئًا للأكل؛ لأنه يتعارف هدية[١٠]، فأما فى الحنطة

---

(١٤) قوله: "وقد تأكد بالموت" أى تقرر بالموت، وذلك لعدم احتمال التنصيف، بخلاف ما قبل الموت فإنه يحتمل التنصيف، بأن يطلق قبل الدخول. (عبد)

(١)قوله: "إلا إذا علم أنها إلخ" هذه الصورة مستثناة، أما فى غير هذه الصورة وهو ثلاث صور: إحداها: أنهما ماتا معًا، أو مات الزوج أولا، أو لم يعلم الحال، فيأخذ الورثة جميع المهر. (عبد)

(٢) قوله: "فيسقط نصيبه [ويؤخذ الباقى] من ذلك" وهو النصف على تقدير أن لا يكون لها ولد، والربع إن كان لها ذلك. (عبد)

(٣) قوله: "يدل إلخ" يعنى أن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، وإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر تعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل، وعلى هذا الطريق إذا لم يكن العهد متقادما يقضى بمهر مثلها. (إله داد)

(٤)قوله: "وعلى انقراض أقرانهما" وهذا يشير إلى أن وضع المسألة فى صورة التقادم، وقد روى عنه أنه استدل، فقال: أرأيت لو ادعى ورثة على رضى الله عنه على ورثة عمر رضى الله عنه مهر أم كلثوم أكنت أقضى فيه بشىء. (عناية)

(٥) قوله: "فبمهر من إلخ" فيه إشارة إلى أن القاضى لو قدر مهر مثلها فى حال حياتهما، ثم ماتا يؤخذ من تركته إذ المتعذر هو تقدير مهر مثلها بعد موتهما، أما لو كان قد قدر حال حياتهما، فلا تعذر فى شىء ولا تعسر. (إله داد)

(٦) أى مع اليمين. (عناية)

(٧)قوله: "أنه يسعى إلخ" لأن ذلك شىء فى ذمته، فالظاهر من حاله أنه يريد إبراء ذمته. (عبد)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير" (ب)

(٩) قوله: "والمراد منه" وهو مستفاد من قوله: الذى يؤكل، وذلك مثل ما لا يتخذ عرفا. (عبد)

(١٠) قوله: "لأنه يتعارف هدية" فكان الظاهر مكذّبا له، وقد يقال: هذا الظاهر يعارض بعارض آخر، وهو

والشعير فالقول قولُه؛ لما بينا(١). وقيل: ما يجب عليه(٢) من الخمار(٣)، والدرع(٤) وغيره(٥) ليس له أن يحتسبه من المهر؛ لأن الظاهر يكذبه(٦)، والله أعلم.

فصل(٧)

إذا تزوج النصراني نصرانيةً(٨) على ميتة أو على غير مهر، وذلك(٩) في دينهم جائز، ودخل بها أو طلقها قبل الدخول بها، أو مات عنها، فليس لها مهر(١٠)، وكذلك الحربيَان في دار الحرب(١١)، وهذا عند أبي حنيفة(١٢)، وهو قولهما في الحربيين، وأما في الذمية(١٣)، فلها مهر

أن المهر واجب، والظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب، وكان القول له؛ لأنه المملك فكان القول له في جهة التمليك. وجوابه أن هذا الظاهر ليس في القوة بحيث يعارض الظاهر المذكور على ما لا يخفى. (د)

(١) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: إن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب. (عناية)

(٢) قوله: "ما يجب عليه" إنما قيد بالوجوب؛ لأنه إذا بعث الخف إلى المرأة كان له أن يحتسبه من المهر؛ لأن ذلك لا يجب عليه. (عناية)

(٣) أي ما تخمر به الرأس أي تغطي.

(٤) قميص المرأة.

(٥) قيل: كمتاع البيت. (عناية)

(٦) قوله: "لأن الظاهر يكذبه" إذ هو واجب عليه أيضاً، هذا إذا كان الخمار والدرع من جنس ما يجب عليه، أما إذا كان أعلى مما يجب عليه فالقول قوله. (عبد)

(٧) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين، وهم الأصول في الشرائع، ذكر من هو تبع لهم في المعاملات، ومن المعاملات أحكام النكاح في الكفار. (نهاية)

(٨) ذمية أو مستأمنة.

(٩) قوله: "وذلك" أي النكاح بغير مهر في دينهم جائز، والواو للحال. (عناية)

(١٠) قوله: "فليس لها مهر" أراد منه المهر وما في معناه أعني المتعة. (عبد)

(١١) قوله: "وكذلك الحربيان في دار الحرب" أي الزوج والزوجة في دار الحرب، والمراد منه دار لا يجرى فيها حكم حاكم المسلمين، وإن أرسلوا الهدية إلى المسلمين، وبقرينة مقابلة النصراني بالحربي في دار الحرب يعلم أن المراد من النصراني نصراني يكون في دار المسلمين، أما بخصوصه فلم يستوفِ الأقسام كلها؛ لخروج اليهودي وغيره، وأما بعمومه يعني من ليس حربيه فيشمل الأقسام كلها. (عبد)

(١٢) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" أي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين. (عناية)

مثلها إن مات عنها أو دخل بها، والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها.

وقال زفر: لها مهر المثل في الحربيين[١] أيضًا[٢]، له أن الشرع ما شرع ابتغاءَ النكاح إلا بالمال[٣]، وهذا الشرع وقع عامًا[٤]، فيثبت الحكم على العموم. ولهما أن أهل الحرب غير ملتزِمين أحكام الإسلام، وولايةُ الإلزام[٥] منقطعة لتباين الدار، بخلاف أهل الذمة؛ لأنهم التزموا[٦] أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا[٧]، وولايةُ الإلزام[٨] متحققة لاتحاد الدار. ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات[٩]، وفيما يعتقدون[١٠] خلافه في المعاملات، وولايةُ الإلزام بالسيف[١١] أو بالمحاجّة، وكلُّ ذلك[١٢] منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة، فإنا

---

(١٣) قوله: "وأما في الذمية" وذلك إما تخصيص للنصرانية إن جعلت شاملة للحربية ولغيرها، أوالمراد من النصرانية أهل الذمة. (عبد)

(١) قوله: "لها مهر المثل في الحربيين" أي في الصورتين، وأما في صورة الطلاق قبل الدخول، فتعين المتعة. (عبد)

(٢) أي كما في الذميين عندهما.

(٣) لقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ (عناية)

(٤) قوله: "وقع عامًا [لأنه عليه الصلاة والسّلام بعث إلى الكل]" لأن النكاح من باب المعاملات، والكفار مخاطبون بالمعاملات. (عناية)

(٥) من جانبنا.

(٦) بعقد الذمة.

(٧) قوله: "كالربا والزنا" فإنهم ينهون عن ذلك، ويقام عليهم الحد. (عناية)

(٨) من جانبنا.

(٩) كالصوم والصلاة. (عناية)

(١٠) كبيع الخمر والخنزير. (عناية)

(١١) قوله: "وولاية الإلزام إلخ" يعني أن طريقة الإلزام إما المحاجة أي الاستدلال بأن نثبت دعوانا بالدليل، وإما السيف بأن نقول: التزموا وإلا فنحن نقتلكم. (عبد)

(١٢) أي السيف والمحاجة.

أُمرنا[١] بأن نتركهم وما يدينون، فصاروا كأهل الحرب، بخلاف الزنا[٢]؛ لأنه حرام في الأديان كلها، والربا مستثنى عن عقودهم[٣]؛ لقوله عليه السّلام: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عـهـد»[٤]*. وقوله[٥] في الكتاب[٦]: "أو على غير مهر" يحتمل نفي المهر، ويحتمل السكوت[٧]، وقد قيل[٨]: في الميتة والسكوت روايتان[٩]، والأصح أن الكلّ على الخلاف. فإن تزوج الذمي[١٠] ذمية على خمر، أو خنزير، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما[١١]، فلها الخمر والخنزير، ومعناه إذا كانا بأعيانهما، والإسلامُ قبل القبض[١٢]، وإن كانا[١٣] بغير أعيانهما، فلها في الخمر

---

(١) فإنا أمرنا إلخ" أي لا نتعرض فيما وافق عقيدتهم وإن خالف مذهبنا. (عبد)

(٢) جواب عن قولهما: كالربا والزنا. (عناية)

(٣) علي أن الربا حرام في أديانهم أيضًا، كما نقله إله داد عن فخر الإسلام.

(٤) قوله: "لقوله عليه السلام: ألا [حرف تنبيه] من أربى إلخ" قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" في باب ذكر أهل نجران عن الشعبي قال: «كتب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى أهل نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له»، انتهى. قال أبو عبيد: وإنما غلظ عليهم أكل الربا دون غيره من المعاصي مع أنهم يمكنون مما أعظم منه كالشرك، وشرب الخمر، وأكل الخنزير، وغير ذلك؛ لأن في منعهم منه كف المسلمين عن أكل الربا، ولولا المسلمون لكانوا في الربا كسائر ما هم فيه من المعاصي. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٠٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٥١ ص٦٤. (نعيم)

(٥) محمد. (ب)

(٦) الجامع الصغير.

(٧) عن ذكر المهر.

(٨) قوله: "وقد قيل: في الميتة والسكوت روايتان" رواية موافقة للإمام، ورواية مخالفة له، والأصح هو المخالفة. (عبد)

(٩) قوله: "روايتان" يعني عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل، كما قالا، وفي رواية لا يجب شيء، والأصح أن الكل على الخلاف، عنده لا يجب شيء، وعندهما يجب مهر المثل. (عناية)

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (ب)

(١١) قوله: "أو أسلم أحدهما" فإنه لا يجوز للمسلم التمليك، ولا التملك، فكما أن إسلامهما مانع كذلك إسلام واحد منهما مانع، إما من التمليك أو التملك. (عبد)

(١٢) قوله: "والإسلام قبل القبض" إنما قيد به؛ إذ لو كان بعد القبض ليس إلا ما أخذته. (عبد)

القيمةُ، وفى الخنزير مهر المثل، وهذا[١] عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل فى الوجهين[٢]، وقال محمد: لها القيمة فى الوجهين.

وجه قولهما: إن القبض مؤكّد للملك فى المقبوض[٣]، فيكون له شبهٌ بالعقد[٤]، فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد، وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما[٥]. وإذا التحقت حالةُ القبض بحالة العقد، فأبو يوسف يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد[٦] يجب مهر المثل، فكذا ههنا. ومحمدٌ يقول: صحت التسمية[٧] لكون المسمى ما لا عندهم إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فتجب القيمة، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض[٨]. ولأبى حنيفة أن الملك فى الصّداق المعين يَتم بنفس العقد، ولهذا تَملك التصرف فيه[٩]،

---

(١٣) يعنى كانا دينًا فى الذمة. (ب)

(١) قوله: "وهذا" أى مجموع ما ذكرته فى صورة المعين، وغير المعين، وكذا ما فى قول محمد من الوجهين. (عبد)

(٢) أى فى المعين وغير المعين. (عناية)

(٣) قوله: "مؤكد للملك إلخ" يعنى أن القبض تأكيد للملك، كما فى البيع، فإن المبيع ما لم يقبض ليس له التصرف، فبالقبض يتأكد الملك، وكل ما هو مؤكد لشىء كان له حكم ذلك الشىء، فالقبض بمنزلة الملك، فقبض الخمر والخنزير حالة الإسلام بمنزلة عقد النكاح عليهما حالة الإسلام، وهو ممتنع حينئذٍ، فكذا القبض، وإذا لم يجز القبض فأبو يوسف إلخ. (عبد)

(٤) قوله: "فيكون له شبه إلخ [فى إفادة ما لم يكن. عناية]" أى من حيث إن له مدخلا فى التمليك لا يقال: لما كان له شبه بعقد، ولم يشبه من وجه آخر، وفى أمثاله يلاحظ الشبهان، فينبغى أن يلاحظ الشبهان ههنا؛ لأنا نقول: جانب الحرمة مرجح احتياطا. (عبد)

(٥) قوله: وصار كما إذا كانا إلخ" أى القبض فيه كالقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما فى إفادة ما لم يكن، والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما، فكذلك فيما إذا كانا بأعيانهما كالعقد. (ع)

(٦) على خمر أو خنزير.

(٧) أى تسمية الخمر والخنزير.

(٨) فيجب القيمة.

(٩) أى يجوز أن تبيع وتهب. (عبد)

وبالقبض(١) ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها، وذلك(٢) لا يمتنع بالإسلام، كاسترداد الخمر المغصوب، وفي غير المعين القبض موجب ملك العين، فيمتنع بالإسلام بخلاف المشتري(٣)؛ لأن ملك التصرف إنما يستفاد بالقبض، وإذا تعذر القبض في غير المعين، لا تجب القيمة في الخنزير(٤)؛ لأنه من ذوات القيم، فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه(٥)، ولا كذلك الخمرُ؛ لأنها من ذوات الأمثال(٦)، ألا ترى أنه لو جاء(٧) بالقيمة قبل الإسلام تُجبر على القبول في الخنزير(٨) دون الخمر.

ولو طلقها قبل الدخول بها، فَمَنْ أوجب مهر المثل(٩) أوجب المتعةَ،

---

(١) قوله: "وبالقبض إلخ" يعني جاز لها التصرف، فما فائدة القبض، ولقائل أن يقول: فائدته إذا هلك في يد الزوج قبل قبضها، كان عليه الضمان، بخلاف ما إذا قبضت. (عبد)

(٢) قوله: "وذلك [أي الانتقال]" إشارة إلى الانتقال من ضمان الزوج إلى ضمان الزوجة، لا إلى الانتقال المطلق، يعني الانتقال من يد إلى يد، وحينئذٍ القياس على استرداد الخمر غير ظاهر؛ لأن المسلم إذا كان له خمر بالإرث، أو بغير ذلك وغصبه كان له أن يسترد. أما إذا تلف في يد الغاصب ليس للمغصوب منه شيء على الغاصب، لا يقال: يفرض المسألة أن مسلماً غصب من ذمي، فإن للذمي أن يأخذ الضمان من المسلم؛ لأنا نقول: أخذ الذمي الضمان، واسترداده من المسلم ليس إلا لكونه ذميا، والمقصود بيان أن الإسلام لا يمنع من الأخذ والاسترداد، نعم لو جعل اسم الإشارة إشارة إلى مطلق الانتقال يصح. (عبد)

(٣) قوله: "بخلاف المشتري [هذا يجوز أن يكون بفتح الراء وبكسرها. ب]" متصل بقوله: إن الملك في الصداق المعين إلخ يعني بخلاف ما إذا باع الخمر أو الخنزير، أو اشترى، ثم أسلم قبل القبض، فإنه لا يجوز القبض، بل ينفسخ العقد؛ لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله، والإسلام مانع منه. (ع)

(٤) بل يجب مهر المثل.

(٥) فكان قيمة الخنزير خنزيراً من وجه. (عبد)

(٦) فقيمة الخمر غير الخمر.

(٧) الزوج في غير المعين.

(٨) لأن الخنزير من ذوات القيم دون الخمر.

(٩) قوله: "فمن أوجب إلخ" ففي العين إلخ لها نصف العين في قول أبي حنيفة، وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة، وفي الخنزير لها المتعة؛ لأن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول، بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعة بعد الطلاق. وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال، كذا في "المبسوط"، وعند أبي يوسف لها المتعة على كل حال. (نهاية)

ومَن أوجب القيمة، أوجب نصفها.

باب نكاح الرقيق(١)

لا يجوز(٢) نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما، وقال مالك: يجوز للعبد(٣)؛ لأنه يملك الطلاق، فيملك النكاح(٤).

ولنا قوله عليه السّلام(٥): «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر(٦)»*، ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما(٧)، فلا يملكانه بدون إذن مولاهما.

وكذلك المكاتب(٨)؛ لأن الكتابة أوجبت(٩) فك الحجر في حق

---

(١) قوله: "باب نكاح الرقيق" أخر هذا الباب عن فصل النصراني والنصرانية؛ لأن الرق من آثار الكفر؛ إذ الاسترقاق ابتداء لا يرد إلا على الكافر، ولا شك أن الأثر يقفو المؤثر، وذكر في "الصحاح" الرقيق المملوك، وقد يطلق على الواحد والجمع. (نهاية)

(٢) أي لا ينفذ لأن ذلك النكاح نكاح موقوف. (عبد)

(٣) قوله: "للعبد" لا للأمة؛ إذ في نكاحها تمليك منافع البضع التي هي حق الغير. (عبد)

(٤) قوله: "لأنه [العبد] يملك الطلاق، فيملك النكاح" لا شك أن الملازمة عقلا إنما هو بين الطلاق، ووجود النكاح؛ إذ الطلاق عبارة عن إزالة النكاح، وإزالة الشيء يستدعي سبق وجوده. أما لا ملازمة بين ملك الطلاق وملك النكاح لا عقلا وهو ظاهر، بل العقل يقتضي التفرقة بين ملك النكاح وملك الطلاق؛ إذ النكاح يتضمن ضرر المولى حيث يستحق به رقبته، أو كسبه، والطلاق لا يتضمنه، فجاز أن يملك الطلاق، ولا يملك النكاح، ولا شرعًا؛ لأنه أول المسألة، وعين النزاع، ولا شيء من دلائل الشرع يقتضي الملازمة بينهما. (إله داد)

(٥) قوله: "ولنا قوله [رواه الترمذي عن جابر مرفوعًا. تخريج الزيلعي] إلخ" هذا الدليل يثبت المختلف فيه يعني العبد، وأما الأمة فمتفق عليها أنه لا يجوز نكاحها. (عبد)

(٦) أي زانٍ، كذا قال الخطابي. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٠٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٢ ص٦٤. (نعيم)

(٧) قوله: "إذ النكاح عيب فيهما" للزوم اشتغالهما بشغل الزوج أو الزوجة، ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا، وكان متزوجًا، ولم يعلم حاله جاز له أن يرد. (عبد)

(٨) أي لا يجوز تزوجه بغير إذن مولاه. (ب)

(٩) قوله: "أوجبت إلخ" الحاصل أن العبد محجور عن كل تصرف، فإذا كوتب بطل حجره في الكسب أي في حق تحصيل المنافع دون غيره، والنكاح تصرف ليس فيه تحصيل المنافع، بل يثبت به الضرر للزوم المهر والنفقة. (عبد)

الكسب، فيبقى[١] في حق النكاح على حكم الرق، ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده، ويملك تزويجَ أمته[٢]؛ لأنه من باب الاكتساب[٣]، وكذا[٤] المكاتَبة لا تملك تزويجَ نفسها[٥] بدون إذن المولى، وتملك تزويجَ أمتها لما بينا[٦]. وكذا المدبر وأم الولد؛ لأن الملك فيهما قائم، وإذا تزوج العبد بإذن مولاه، فالمهر[٧] دينٌ في رقبته يباع فيه[٨]؛ لأن هذا دين وجب في رقبة العبد؛ لوجود سببه[٩] من أهله[١٠]، وقد ظهر في حق المولى؛ لصدور الإذن من جهته[١١]، فيتعلق[١٢] برقبته[١٣] دفعًا للمضرة[١٤] عن أصحاب

---

(١) لأنه ليس نفعا. (عبد)

(٢) قوله: "تزويج أمته" أي حرًا، أو عبدًا لغيره، أما لو تزوجها من عبد نفسه، فلا يجوز في ظاهر الرواية؛ لأنه ليس من باب الاكتساب. (د)

(٣) لحصول المهر.

(٤) للولد. (عبد)

(٥) قوله: "لا تملك تزويج نفسها" وإن كان من باب الاكتساب إلا أن هذا التزويج ليس لاكتساب المال، بل للتحصين والعفة، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال، فلم يكن مما يتناوله عقد الكتابة، بخلاف تزويج أمتها لجواز أن يكون مقصودها منه المال، من المهر، والنفقة، والولد، فافترقا. (إله داد)

(٦) قوله: "لما بينا" متعلق بالمسألتين أما تعلقه بالثانية فظاهر؛ لأن تزويج أمتها اكتساب، وأما تعلقه بالأول، فبيانه أن تزويج نفسها ليس كسبا كالمكاتب، وذلك لأن تزويج نفسها تمليك منافع البضع التي هي حق للسيد، وليس تمليك ملك آخر كسبا، فكما لا يجوز لها أن تبيع نفسها، فكذلك لا يجوز لها أن تملك منفعة بضعها، لا يقال: فحينئذ ينبغي أن لا يجوز للمكاتب والمكاتبة أن توجر نفسها، مع أنه يجوز، لأنا نقول: تمليك منفعة البضع بمنزلة تمليك جزء منها. (إله داد)

(٧) وكذا النفقة. (ب)

(٨) فإذا بيع ولم يف لم يبع ثانيًا.

(٩) أي لوجود سبب الدين وهو النكاح.

(١٠) العاقل البالغ.

(١١) المولى.

(١٢) أي يؤدى من رقبته. (عبد)

(١٣) العبد.

الديون، كما فى دين التجارة(١) . والمدبر والمكاتب يسعيان فى المهر، ولا يباعان فيه؛ لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير(٢)، فيؤدّى(٣) من كسبهما، لا من نفسهما.

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه، فقال المولى: طلِّقها أو فارِقها، فليس هذا بإجازة؛ لأنه يحتمل الرّد(٤)؛ لأن ردَّ هذا العقد ومتاركتَه يسمى طلاقًا ومفارقةً(٥)، وهو أليق بحال العبد المتمرّد، أو هو أدنى(٦)، فكان الحمل عليه أولى. وإن قال(٧): طلِّقها تطليقة تملك الرجعة، فهذا إجازة؛ لأن الطلاق الرجعى لا يكون إلا فى نكاح صحيح، فتتعين الإجازة(٨).

ومَن قال لعبده: تزوج هذه الأمةَ، فتزوّجها نكاحًا فاسدًا ودخل بها، فإنه يباع(٩) فى المهر عند أبى حنيفة رحمه الله.

(١٤) قوله: "دفعا للمضرة إلخ" لا يقال: دفع الضرر يحصل بالسعى والعمل؛ لأنا نقول: ذلك أمر يحصل بالتدريج، ولايصار إليه إلا عند الضرورة، كما فى صورة المكاتب والمدبر. (عبد)

(١) إذا كان العبد مأذونًا يباع فيه.

(٢)قوله: "مع بقاء الكتابة والتدبير" يفهم منه أنه يجوز رفعهما أما رفع الأول فظاهر، وأما رفع الثانى فلا يجوز عندهم، نعم عند الشافعى، فإذا حكم القاضى على مذهب الشافعى، كان له حكم العبد. (عبد)

(٣) المهر.

(٤)قوله: "لأنه [أى لأن هذا القول من المولى] يحتمل الرد [ويحتمل الإجازة]" لأن رَدَّ هذا العقد أى رد النكاح الفاسد يسمى طلاقًا وإن كان مجازًا، فهذا مصحح، والمرجح تمرد العبد. (عبد)

(٥) قوله: "يسمى طلاقا ومتاركة" فيحمل عليه عند تعذر إعمال الحقيقة؛ لأن المولى لا يملك الطلاق، فلا يملك الأمر به، وهو يملك الرد، فيحمل عليه كيف؟ وهو أليق بحال العبد المتمرد بالافتيات على المولى، بخلاف الفضولى إذا زوج رجلا آخر، فقال الرجل: طلقها حيث يكون إجازة؛ لأن الزوج يملك الطلاق، فيملك الأمر به، فليس هناك تعذر الحقيقة حتى يحمل على الرد. (إله داد)

(٦)قوله: "أو هو أدنى" يعنى أن فيه سهولة، بخلاف ما إذا جوزنا النكاح، فإنه حينئذٍ لزم ثبوت نكاح واضح إلى رفعه. (عبد)

(٧) المولى.

(٨) قوله: "فتتعين الإجازة" حتى إذا لم يرضَ العبد كان النكاح ثابتًا. (عبد)

(٩) العبد.

وقالا: يؤخذ منه إذا عتق، وأصلُه[١] أن الإذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده[٢]، فيكون هذا المهر ظاهراً[٣] في حقّ المولى، وعندهما ينصرف[٤] إلى الجائز لا غير، فلا يكون ظاهراً في حق المولى، فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل[٥] الإعفاف والتحصين[٦]، وذلك بالجائز[٧]، ولهذا لو حلف لا يتزوّج ينصرف إلى الجائز[٨]، بخلاف البيع؛ لأن بعضَ المقاصد حاصل[٩]، وهو ملك التصرفات. وله أن اللفظ[١٠] مطلق، فيجرى على إطلاقه، كما في البيع[١١]، وبعضُ المقاصد[١٢] في النكاح الفاسد حاصل كالنسب، ووجوبِ المهر والعدة على اعتبار وجود الوطئ، ومسألةُ اليمين ممنوعة على هذه الطريقة[١٣].

---

(١) أي أصل أبي حنيفة. (ب)

(٢) الإمام.

(٣) فيباع العبد.

(٤) الإذن.

(٥) قوله: "في المستقبل" إنما قيد بالمستقبل؛ لأنه لو حلف أنه ما تزوج امرأة في الماضي، وكان التزوج صحيحاً أو فاسداً حنث في يمينه، كذا في "المبسوط". (إله داد)

(٦) أي تحصين الفرج.

(٧) فإن الوطئ في النكاح الفاسد حرام.

(٨) فلا يحنث بالفاسد.

(٩) بالبيع الفاسد.

(١٠) أي تزوج.

(١١) قوله: "كما في البيع" أي إن أمره بالبيع، فإن أمره به يتناول الجائز والفاسد. (نهاية)

(١٢) جواب عن قولهما.

(١٣) قوله: "على هذه الطريقة" أي إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه، ولئن كان قول الكل، فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الأيمان على العرف. (عناية)

ومن زوّج عبدًا مذيونًا مأذونًا له امرأةً جاز، والمرأة أُسوة[١] للغرماء في مهرها، ومعناه[٢] إذا كان النكاح بمهر المثل[٣]، ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره[٤]، والنكاح لا يلاقي حقّ الغرماء بالإبطال مقصودا[٥] إلا أنه إذا صح النكاح[٦] وجب الدين بسبب لا مردّ له، فشابه[٧] دين الاستهلاك، وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة، فبمهر مثلها[٨] أُسْوَةٌ للغرماء. ومن زوّج أمتَه، فليس عليه أن يُبَوِّئها[٩] بيتَ الزوج، ولكنها تَخدم المولى، ويقال للزوج: متى ظفرتَ بها وطئتها[١٠]؛ لأن حقّ المولى في الاستخدام باقٍ، والتبوية إبطالٌ له، فإن بَوَّأها معه بيتًا، فلها النفقة والسكنى، وإلا فلا[١١]؛ لأن النفقة تقابل الاحتباس.

ولو بَوَّأها بيتا، ثم بَدَا[١٢] له[١٣] أن يستخدمها له ذلك؛ لأن الحق باقٍ؛

(١) برابر.

(٢) أي قوله: والمرأة أسوة. (ب)

(٣) لا بأزيد.

(٤) قوله: "ما نذكره" أي بعد هذه المسألة بقوله: ولنا أن النكاح إصلاح ملكه؛ لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الإهلاك. (ب)

(٥) قوله: "مقصوداً" إنما قال: مقصودا؛ لأن المانعية إنما تتحقق بذلك، وأما إذا كان ضمنا، فلا معتبر به، وههنا كذلك؛ لأن محلية النكاح بالآدمية، وحق الغرماء لا يلاقيها. (عناية)

(٦) بالدليل الصحيح، وهو قيام ملك الرقبة، والحاجة إلى التحصين. (إله داد)

(٧) المهر.

(٨) قوله: "فبمهر مثلها إلخ" وأما إذا كان أكثر منه فلا تساويهم، بل تؤخر إلى استيفاءهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض. (عناية)

(٩) قوله: "أن يبوئها [التبوية أن يخلي بينه وبينها]" يقال: بوأت للرجل منزلا، وبوأته منزلا أي هيأته، ومكنت له فيه. (عناية)

(١٠) قوله: "وطئتها" فليس للسيد ولاية المنع إلا قبل أخذ المعجل، وليس للزوج أن يمنعه من أن يستخدمها؛ لأن المستحق للزوج ملك الحل لا غير. (مجمع الأنهر)

(١١) أي إن لم يبوئها، فلا تلزم النفقة والسكنى على الزوج. (ب)

(١٢) أي ظهر.

لبقاء الملك، فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح، قال رضي الله عنه[١]: ذكر[٢] تزويج المولى عبدَه وأمتَه، ولم يذكر[٣] رضاهما، وهذا يرجع إلى مذهبنا أنّ للمولى إجبارَهما على النكاح.

وعند الشافعي لا إجبار في العبد، وهو رواية عن أبي حنيفة[٤]؛ لأن النكاح من خصائص الآدمية، والعبدُ داخلٌ تحت ملك المولى من حيث إنه مال[٥]، فلا يملك[٦] إنكاحه، بخلاف الأمة؛ لأنه[٧] مالكُ منافع بضعها، فيملك تمليكَها. ولنا أن الإنكاحَ إصلاحُ مِلكه؛ لأن فيه[٨] تحصينَه[٩] عن الزنا الذي هو سبب الهلاكِ والنقصان، فيملكه[١٠] اعتبارًا بالأمة[١١]، بخلاف المكاتَب والمكاتَبة؛ لأنهما التحقا بالأحرار تصرفًا، فيشترط رضاهما. قال: ومَنْ زوّج أمتَه، ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجُها، فلا مهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: عليه المهر لمولاها؛ اعتبارًا بموتها[١٢]

---

(١٣) المولى.

(١) أي المصنف. (ب)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (ع)

(٣) أي لم يقل: إن رضاهما شرط لصحة النكاح، أم لا؟ (ب)

(٤) رواها الطحاوي. (ب)

(٥) لا من حيث إنه آدمي. (ب)

(٦) المولى.

(٧) المولى.

(٨) الإنكاح.

(٩) العبد.

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "اعتباراً بالأمة" والجامع قيام سبب الولاية، وهو ملك الرقبة، وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان. (عناية)

(١٢) قوله: "اعتباراً بموتها إلخ" ويشكل عليه ما إذا قتل المشتري المبيع حيث لا يرجع بنقصان

حَتْفَ أنفِها[١]، وهذا[٢] لأن المقتول ميتٌ بأجله، فصار كما إذا قتلها أجنبي[٣]. وله أنه[٤] مَنع المبدل قبل التسليم، فيجازى بمنع البدل، كما إذا ارتدت[٥] الحرة[٦]، والقتلُ[٧] في أحكام الدنيا جُعل إتلافًا حتى وجب القصاص[٨] والدية[٩]، فكذا في حق المهر. وإن قتلت حرةٌ نفسها قبل أن يدخل بها زوجُها، فلها المهر، خلافًا لزفر رحمه الله هو[١٠] يعتَبره بالردة، وبقتل المولى أمته، والجامع[١١] ما بيناه[١٢]. ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرةٍ في حق أحكام الدنيا، فشابه موتَها[١٣] حتف أنفها، بخلاف قتل المولى أمتَه؛ لأنه يُعتبر[١٤] في أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة

العيب في ظاهر الرواية، فلو كان القتل كالموت حتف أنفه وجب أن يرجع، كما هو رواية عن أبي يوسف. (إله داد)

(١) قوله: "حتف" حتف بالفتح مرگ، مات فلان حتف أنفه يعني بمرگ خود مرد چه زعم عرب آن است كه هر كه بمرگ خود بميرد روح او از بيني بيرون مى آيد. (م)

(٢) أي اعتبار قتلها بموتها حتف أنفها. (ب)

(٣) فعليه المهر.

(٤) المولى.

(٥) قوله: "كما إذا ارتدت الحرة" تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل. (عناية)

(٦) قوله: "الحرة" قيد بالحرة؛ لأن الأمة إذا ارتدت، أو قبلت ابن الزوج، فمنهم من قال بعدم سقوط المهر؛ لأن المنع ما جاء من قبل من له الحق، وهو المولى، ومنهم من قال: بسقوطه؛ لأنه أولا يجب لها، ثم ينتقل إلى المولى إذا فرغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إلى دينها. (إله داد)

(٧) قوله: "والقتل إلخ" جواب عن قولهما؛ لأن الميت مقتول بأجله. (عناية)

(٨) في العمد.

(٩) في الخطأ.

(١٠) زفر.

(١١) أي بين المقيس والمقيس عليه. (ب)

(١٢) من أنه منع المبدل قبل التسليم. (عناية)

(١٣) قوله: "فشابه إلخ" إذا لا يمكن إضافة القتل إليها حقيقة؛ لأن تمام القتل بالموت، ولا يتم إلا عند سقوط أهلية الفعل، فلا يصح تحقيق القتل منها. (إله داد)

(١٤) فلا مهر حينئذٍ زجرًا.

عليه[١]. وإذا تزوج أمة[٢]، فالإذن في العزل[٣] إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن الإذن إليها؛ لأن الوطئ حقها، حتى يثبت لها ولاية المطالبة[٤]، وفي العزل تنقيص حقها، فيشترط رضاها، كما في الحرة[٥]، بخلاف الأمة المملوكة[٦]؛ لأنه لا مطالبة لها[٧]، فلا يعتبر رضاها. وجه ظاهر الرواية أن العزل يُخلّ بمقصود الولد، وهو حق المولى فيعتبر رضاه، وبهذا فارق الحرة[٨]. وإن تزوّجت بإذن مولاها، ثم أُعتقت، فلها الخيار[٩] حرّاً كان زوجُها أو عبداً؛ لقوله عليه السّلام[١٠] لبريرة[١١] حين أعتقت[١٢]: «ملكتِ بضعكِ فاختاري»*، فالتعليلُ بملك البضع[١٣] صدر مطلقاً[١٤]، فينتظم

(١) قوله: "حتى تجب الكفارة عليه [المولى]" أي فيما إذا كان قتل المولى خطأً، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين. (نهاية)

(٢) هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير"، كذا في "غاية البيان".

(٣) وهو أن يطأها، ويعزل منيه عنها؛ كيلا يتولد الولد. (ب)

(٤) بالوطئ.

(٥) فإن الإذن في العزل إليها.

(٦) للواطئ.

(٧) فلا حاجة إلى إذنها في العزل.

(٨) فإنه ليس في الحرة حق المولى.

(٩) قوله: "فلها الخيار" أي إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته. (عناية)

(١٠) قوله: "لقوله عليه السلام [رواه الدارقطني. ب] إلخ" روى البخاري، ومسلم عن القاسم عن عائشة قال: كان في بريرة ثلاث خصال، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: اشتريها وأعتقيها، فإن الولاء لمن أعتق، وعتقت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من زوجها، فاختارت نفسها؛ وكان الناس يتصدقون عليها، وتهدى لنا فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: هو عليها صدقة، ولنا هدية، انتهى. (ت)

(١١) قوله: "لبريرة إلخ" واختلفت الروايات في زوج بريرة، هل كان حرّاً أو عبداً حين خيرت، فإن أصحابنا لا يفرقون بين الحر والعبد في ثبوت الخيار لها. (زيلعي)

(١٢) وأعتقتها عائشة رضي الله عنها.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٠٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٣ ص٦٤. (نعيم)

الفصلين[1]. والشافعي رحمه الله يخالفنا[2] فيما إذا كان زوجها حرّاً، وهو[3] محجوج به[4]، ولأنه يزداد الملك عليها[5] عند العتق، فيملك الزوجُ بعده ثلاث تطليقات[6]، فتملك رفعَ أصل العقد؛ دفعًا للزيادة[7].

وكذلك المكاتبة[8] يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم عتقت[9]، وقال زفر رحمه الله: لاخيار لها؛ لأن العقد نفذ عليها برضاها، وكان المهرلها، فلا معنى لإثبات الخيار بخلاف الأمة؛ لأنه لا يعتبر رضاها. ولنا أن العلة[10] ازدياد الملك[11]، وقد وجدناها في المكاتَبة؛ لأن عدتها قرءان وطلاقُها ثنتان.

وإن تزوجت أمة[12] بغير إذن مولاها، ثم عتقت صح النكاح؛ لأنها

---

(١٣) قوله: "فالتعليل إلخ" إنما قال: فالتعليل لأنه من باب قوله: سهى فسجد. (عناية)

(١٤) قوله: "صدر مطلقًا" يعني أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع، ولم يفصل بين ما إذا كان الزوج حرّاً أو عبداً. (بناية للعيني)

(١) الزوج الحر، والزوج العبد.

(٢) أي إن كان عبداً، فلها الخيار، وإن كان حرّاً، فلا خيار له. (عناية)

(٣) أي قول الشافعي.

(٤) أي بإطلاق الحديث المذكور.

(٥) قوله: "ولأنه يزداد إلخ" دليل معقول ورد بأن عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال، فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حرا، أجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي، فيلزم عليها الزيادة إذا أعتقت، وإن كان حرا. (عناية)

(٦) وكان قبل العتق مالكا لتطليقتين.

(٧) قوله: "دفعا للزيادة" أي دفعا لضرر زيادة ملك يثبت للزوج عليها، وهذا الضرر يلزمها قصدا، بخلاف ضرره في بطلان ملكه، فإنه يلزمه ضمنا لدفعها الزيادة عليها، والضرر القصدي أقوى، فيندفع بتحمل الأدنى. (إله داد)

(٨) قوله: "وكذلك المكاتبة" أي سواء كان الزوج حرّاً، أو عبداً. (عناية)

(٩) بأداء بدل الكتابة.

(١٠) أي علة الخيار.

(١١) بعد العتق.

(١٢) في "المبسوط": وكذا الحكم في العبد. (ب)

من أهل العبارة[١]، وامتناع النفوذ لحق المولى، وقد زال[٢]، ولا خيار لها؛ لأن النفوذَ بعد العتق فلا تتحقق زيادةُ الملك، كما إذا زوّجت نفسَها بعد العتق. فإن كانت تزوجّت بغير إذنه[٣] على ألف[٤]، ومهرُ مثلها مائة، فدخل بها زوجها، ثم أعتقها مولاها فالمهر[٥] للمولى؛ لأنه[٦] استوفى منافع مملوكةً للمولى. وإن لم يدخل بها حتى أعتقها، فالمهر[٧] لها؛ لأنه[٨] استوفى منافع مملوكةً لها[٩]، والمراد بالمهر الألفُ المسمى؛ لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد، فصحت التسمية، ووجب المسمى[١٠]، ولهذا[١١] لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف[١٢]؛ لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ، فلا يوجب إلا مهراً واحداً.

---

(١) قوله: "لأنها [الأمة] إلخ" أي لوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الإيجاب والقبول من أهله؛ لكونها من أهل العبارة، وانتفاء المانع؛ لأن امتناع إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "وقد زال" فإن قلت: هذا يشكل بالشرى، فإنها إذا اشترت، ثم أعتقها المولى، فإن الشرى يبطل. قلت: إنما كان كذلك؛ لأن الشرى انعقد موجبا للملك للمولى حين اشترت، فلو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها، فيتغير حكم من له الحق، وأما ههنا فانعقد العقد موجبا لها ابتداء وانتهاء. (نهاية)

(٣) المولى.

(٤) قوله: "على ألف إلخ" ثم إنما قيد في صورة المسألة بأن المسمى ألف، ومهر المثل مائة؛ ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل، فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق، وكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل للمولى، وما زاد فللمرأة لما أن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه، والبضع ملك المولى، فكان قيمة له، لا الزائد على قيمة ملكه، وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله: والمراد إلخ. (نهاية)

(٥) الألف.

(٦) الزوج.

(٧) الألف.

(٨) الزوج.

(٩) فوجب البدل لها.

(١٠) للمولى إن أعتقها بعد الدخول، وللأمة إن أعتقها قبل الدخول. (عناية)

(١١) أي لكون الاستناد إلى وقت وجود العقد.

(١٢) كنكاح الفضولي.

ومَن وطئ أمة ابنه فولدت منه، فهى أم ولد له، وعليه قيمتها[١] ولا مهر عليه، ومعنى المسألة[٢] أن يدعيَه[٣] الأب. ووجهه أن له ولاية تملّك مال ابنه[٤] للحاجة إلى البقاء[٥]، فله تملُّك جاريته[٦] للحاجة إلى صيانة الماء، غير أن الحاجة[٧] إلى بقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة، والطعام بغير القيمة، ثم هذا الملكُ[٨] يثبت قبل الاستيلاد شرطًا له[٩] إذا لمصحّح[١٠] حقيقةُ الملك، أو حقُّه، وكل ذلك غير ثابت للأب فيها[١١]، حتى يجوز[١٢] له[١٣] التزوّج بها[١٤]، فلا بد من تقديمه[١٥]، فتبين أن الوطئ يلاقى ملكه، فلا يلزمه العقر[١٦].

(١) للولد.

(٢) قوله: "ومعنى المسألة إلخ" إنما قال: ومعنى المسألة أن يدعيه الأب، لأن محمدا لم يذكر الدعوة فى "الجامع الصغير". (عناية)

(٣) الولد.

(٤) مأكولا، أو مشروبًا.

(٥) لقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك». (ب)

(٦) الابن.

(٧) قوله: "غير أن إلخ" أى فإن قيل: لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجب عليه القيمة، كما فى الطعام، أجاب عنه بقوله: غير أن إلخ. (عناية)

(٨) أى ملك الأب جارية الابن.

(٩) أى لتصحيح الاستيلاد. (نهاية)

(١٠) قوله: "إذا المصحح [للاستيلاد] إلخ" معناه أن المصحح للاستيلاد حقيقة الملك، كما هو ظاهر الرواية، أو حقه كما هو مروى عن أبى يوسف، فإن ما للمولى من حق الملك فى مال مكاتبه يكفى لصحة الاستيلاد فى رواية عنه حتى لو ادعى ولد جارية مكاتبه ثبت نسبه منه.

(١١) الجارية.

(١٢) قوله: "حتى يجوز إلخ" قلت: هذا لا يصلح استدلالا؛ لأن الخصم لا يسلمه، فإن الشافعى لا يجوز تزوج جارية الابن للأب، فكان ذكره تفريعًا، لا تأييدًا، ولكن المحل محل التأييد. (إله داد)

(١٣) الأب.

(١٤) أى بجارية الابن.

(١٥) الملك.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجب المهر؛ لأنهما يُثبتان الملك حكما لِلاِسْتِيْلادِ(١)، كما في الجارية المشتركة(٢)، وحكم الشيء يعقبه، والمسألة معروفة(٣). وقال: ولو كان الابن زوّجها(٤) أباه، فولدت لم تصِرْ أمَّ ولدٍ له(٥)، ولا قيمة عليه(٦)، وعليه(٧) المهرُ، وولدُها حرّ؛ لأنه صح التزوّج عندنا خلافًا للشافعي(٨)؛ لخلوها عن ملك الأب، ألا يرى أن الابن مَلَكها من كلّ وجه، فمن المحال(٩) أن يَملكها الأب من وجهٍ، وكذا يملك(١٠) من التصرفات(١١) ما لا يبقى معها ملكُ الأب لو كان، فدلّ ذلك

---

(١٦) قوله: "العقر" في استيلاد الجوهرة: العقر في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر قيمة البكر، ونصف عشر قيمة الثيب، وقيل: في الجواري ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا ومولى بكم تتزوج، فيعتبر بذلك، وهو المختار، كذا نقل في "رد المحتار".

(١) قوله: "لأنهما يثبتان الملك حكمًا للاستيلاد" فإنه سقط الإحصان بهذا الوطئ، ولو كان في الملك لما سقط، وحد قاذفه، والجواب أن تقدم الملك اجتهادي، فكان فيه شبهة يندرئ بها الحد.

(٢) قوله: "كما في الجارية المشتركة" أي بين الأب والابن، فإذا ولدت ولدا فادعاه الأب، يثبت النسب، ويجب العقر مع قيام نوع ملك، وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقًا على الوطئ. والجواب أنا نقدم الملك احترازًا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكمًا، وفي تلك المسألة نوع من الملك قائم، فلا يحتاج إلى تقديمه. (ع)

(٣) قوله: "والمسألة معروفة" يعني في شروح "الجامع الصغير" وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا، وعنده بعده حكما له، والذي ذهبنا إليه هو الصواب؛ لأنا قد اتفقنا على أن استيلاد الأب جارية ولده صحيح، ومن شرطه وقوع الوطئ في الملك، حتى لو خلا عنه أصلا لم يصح، كما في جارية الأجنبي، فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة، وصيانة للولد عن الرق. (عناية)

(٤) الجارية.

(٥) أي للأب.

(٦) الأب.

(٧) الأب.

(٨) قوله:" خلافًا للشافعي" قال الشافعي: لا يصح؛ لأن للأب حق الملك في مال ولده، حتى لو وطئ جاريته عالمًا بحرمتها عليه لم يلزمه الحد، وكل من له حق الملك في جاريته لا يجوز تزوجه إياها كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه. (عناية)

(٩) قوله: "فمن المحال إلخ" لأنه إذا ثبت له من وجه لا يثبت للابن من ذلك الوجه. (إله داد)

(١٠) الابن.

على انتفاء[1] ملكه[2] إلا أنه يسقط الحد[3] للشبهة، فإذا جاز النكاح صار ماءُه مصونًا به، فلم يثبت ملك اليمين، فلا تصير أم ولد له[4]، ولا قيمةَ عليه[5] فيها، ولا في ولدها؛ لأنه[6] لم يملكهما، وعليه[7] المهر؛ لالتزامه بالنكاح، وولدُها حر؛ لأنه ملكه أخوه[8]، فعتق عليه بالقرابة.

قال[9]: وإذا كانت الحرّة تحت عبد، فقالت لمولاه[10]: أعتِقه عني[11] بألف، ففعل فسد النكاح، وقال زفر رحمه الله: لا يفسد.

وأصلُه أنه يقع العتق عن الآمر عندنا، حتى يكون الولاء له، ولو نوى به[12] الكفارة[13] يخرج عن عهدتها، وعنده[14] يقع عن المأمور؛ لأنه طَلَب أن يُعتِق المأمور عبدَه عنه، وهذا محال؛ لأنه لا عتقَ فيما لا يملكه ابن آدم،

---

(١١) قوله: "من التصرفات" كالبيع والرهن والهبة والعتق.

(١) حقًا وحقيقةً.

(٢) الأب.

(٣) قوله: "إلا أنه يسقط إلخ" جواب عن قول الخصم: ولو وطئ جاريته عالمًا بحرمتها إلخ، ولم يذكره في الكتاب. (عناية)

(٤) الأب.

(٥) الأب.

(٦) الأب.

(٧) الأب.

(٨) أي الابن مالك الجارية.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير".

(١٠) العبد.

(١١) قوله: "أعتقه عني" تقديره أعتق عبدك الذي هو لك في الحال بعد بيعك لي إياه بطريق الوكالة عني. (ع)

(١٢) أي بهذا العتق.

(١٣) ككفارة اليمين.

(١٤) زفر.

فلم يصح الطلب، فيقع العتق عن المأمور.

ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذا الملك شرطٌ لصحة العتق عنه، فيصير قوله: "أعتق" طلب التمليك منه بالألف، ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه، وقوله: "أعتقت" تمليكًا منه[١] ثم الإعتاق عنه، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين[٢].

ولو قالت[٣]: أعتِقه عنّى، ولم تسم مالا لم يفسد النكاح، والولاء للمعتِق[٤]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: هذا والأول سواء؛ لأنه يقدِّم التمليك بغير عوض[٥] تصحيحًا لتصرفه[٦]، ويسقط اعتبارُ القبض[٧]، كما إذا كان عليه كفارةُ ظهار، فأمر غيرَه أن يُطعِمَ عنه. ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص[٨]، فلا يمكن إسقاطه، ولا إثباته اقتضاءً؛ لأنه فعل حسى[٩] بخلاف البيع؛ لأنه تصرف شرعى[١٠]، وفى تلك المسألة[١١] الفقير ينوب عن الآمر فى

---

(١) قوله: "تمليكا منه" فيكون بمعنى قوله: بعت منك، وأعتقته عنك. (عناية)

(٢) أى ملك النكاح وملك اليمين.

(٣) الحرة.

(٤) إذا فعل المولى.

(٥) أى الهبة، فالمعنى هب لى عبدًا، وأعتقه. (عينى)

(٦) قوله: "تصحيحًا لتصرفه [الآمر]" لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن، وقد أمكن ههنا بإسقاط اعتبار القبض؛ لأنه شرط، وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذى هو الركن، فلأن يمكن إسقاط الشرط أولى، كما إذا كان عليه كفارة ظهار، فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل، سقط الكفارة. (عناية)

(٧) الذى لا بد منه في الهبة.

(٨) أى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يصح الهبة إلا مقبوضة». (عناية)

(٩) قوله: "لأنه فعل حسى [والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه. ع]" والفعل الحسى ليس من جنس القبول، فلا يمكن أن يكون ثابتا فى ضمن قوله: أعتقت. (عناية)

(١٠) فيصح أن يثبت فى ضمن قوله: أعتقت.

القبض، أمّا العبد فلا يقع في يده شيء[١]؛ لينوب عنه.

باب نكاح أهل الشرك[٢]

وإذا تزوج الكافر بغير شهود[٣]، أو في عدة كافر[٤]، و[٥] ذلك في دينهم جائز، ثم أسلما أُقرّا عليه، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام، والمرافعة إلى الحكام.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول[٦] كما قال أبو حنيفة، وفي الوجه الثاني[٧] كما قال زفر رحمه الله.

له[٨] أن الخطابات[٩] عامة على ما مر من قبل[١٠]، فتلزمهم، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً[١١] لا تقريراً، وإذا ترافعوا[١٢] أو أسلموا

---

(١١) قوله: "وفي تلك المسألة" أي في مسألة الأمر بإطعام الفقير ينوب عن الآمر في القبض كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى، ثم يصير قابضا لنفسه، أما العبد فلا يقع في يده شيء؛ لأن الإعتاق إتلاف الملك. (عناية)

(١) قوله: " فلا يقع في يده شيء " لأن ماليته تتعلق بالإعتاق، فلا يقع في يده شيء. (إله داد)

(٢) قوله: "باب نكاح أهل الشرك" لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو أدون منزلة، وأخس رتبة منهم، وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم. (نهاية)

(٣) هذه من مسائل القدوري، كذا في "غاية البيان".

(٤) قوله: "أو في عدة كافر" وفيه نظر؛ لأن كلامنا في أهل الشرك، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته، ويجوز بأن يصور بأن أشركت بعد الطلاق- والعياذ بالله- وهي في عدة المسلم. (عناية)

(٥) حالية.

(٦) التزوج بغير شهود. (عناية)

(٧) التزوج في عدة كافر. (عناية)

(٨) زفر.

(٩) قوله: "أن الخطابات" كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا نكاح إلا بشهود» ونحوه. (ع)

(١٠) إشارة إلى ما قال في أول الفصل الذي فيه تزوج النصراني بقوله: وهذا الشرع وقع عاماً إلخ. (ب)

(١١) كما ترك لهم عبادة الصنم إعراضاً. (عناية)

والحرمة قائمة(١) وجب التفريق(٢). ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها، فكانوا ملتزمين(٣) لها، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه(٤)، ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات.

ولأبي حنيفة أن الحرمة(٥) لا يمكن إثباتها حقًا للشرع؛ لأنهم لا يخاطبون(٦) بحقوقه(٧)، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقًا للزوج؛ لأنه لا يعتقده(٨)، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم(٩)؛ لأنه يعتقده، وإذا صح النكاح، فحالةُ(١٠) المرافعة والإسلام حالةُ البقاء(١١)، والشهادة ليست

(١٢) إلى الحكام. (ب)

(١) قوله: "والحرمة قائمة [لوجود الخطاب]" أي حرمة النكاح متحققة في صورتي الترافع والإسلام. (عبد)

(٢) قوله: "وجب التفريق" كما قال الله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم﴾، فإن الضمير راجع إلى الكفار، إن قيل: من أين يفهم المرافعة، قلنا: من قوله: بينهم، فإن الحكم بين جماعة إنما يكون إذا ترافعوا. (عبد)

(٣) قوله: "فكانوا ملتزمين" أي يلزمهم الأحكام المجمع عليها في المعاملات، لا في الديانات، وذلك لأن المعاملة ضرورية بيننا و بينهم، ولا يجوز لنا تبعيتهم، فتعين كونهم تابعين لنا، فوقع على أمثالهم أحكامنا، لكن لا جميع الأحكام أعني المتفق والمختلف؛ إذ ليس الضرورة إلا المتفق. (عبد)

(٤) قوله: "مختلف فيه" فإن مالكا وابن أبي ليلى يجوزانه. (ع)

(٥) قوله: "أن الحرمة إلخ" أي حرمة النكاح إنما هي للعدة؛ لكونه نكاح المنكوحة من وجه، وثبوت العدة إما أن يكون للشرع، أو للزوج. (ع)

(٦) ولذا لا نتعرض لهم في الخمر والخنزير. (ب)

(٧) قوله: "بحقوقه [الشرع]" الحق وإن كان إلى العباد، لكن إذا كان نفعه عامًا غير متعلق بمصلحة خاص، فهو مضاف إلى الشرع، وإن كان راجعًا إلى شخص بخصوصه، فهو مضاف إلى العبد، فيقال: حق العبد. (عبد)

(٨) قوله: "لأنه [الزوج] لا يعتقده" يعني أن إثبات الحرمة لا يجوز أن يكون من جهة الشرع؛ لعدم توجه الخطاب، ولا يجوز أن يكون من جهة الزوج؛ لأنه لم يعتقد ذلك، فإذا لم يكن معتقدًا لم يثبت له حق؛ لأن الحق فرع الاعتقاد. (عبد)

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم" وإن لم يثبت حقًا للشرع، لكنه يثبت حقًا للزوج؛ لأنه معتقد.

(١٠) مبتدأ.

(١١) خبر.

شرطًا[١] فيها[٢]، وكذا العدة لا تنافيها[٣] كالمنكوحة[٤] إذا وطئت بشبهة.

فإذا تزوج المجوسي[٥] أمه، أو ابنته، ثم أسلما فرّق بينهما[٦]؛ لأن نكاحَ المحارم له حكم البطلان فيما بينهم[٧] عندهما، كما ذكرنا في المعتدة[٨]، ووجب التعرّض بالإسلام فيفرق. وعنده[٩] له حكم الصحة في الصحيح[١٠] إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح[١١]، فيفرق[١٢]، بخلاف العدة؛ لأنها لا تنافيه، ثم بإسلام أحدهما[١٣] يفرق بينهما، وبمرافعة أحدهما[١٤] لا يفرق عنده، خلافًا لهما[١٥].

---

(١) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح. (ب)

(٢) أي في حالة البقاء.

(٣) حالة البقاء.

(٤) قوله: "كالمنكوحة إلخ" يعني إذا تزوج منكوحة شخص، ووطئها بتوهم أنه مات زوجها، وبعد ذلك ظهر أنه حي، يجب العدة مع بقاء النكاح الأول، فظهر عدم منافاة العدة لبقاء النكاح. (عبد)

(٥) قوله: "فإذا تزوج المجوسي [آتش پرست]" لعل التخصيص به؛ بناء على أن جواز نكاح المحارم مختص بالمجوسي. (عبد)

(٦) بالإجماع. (ب)

(٧) قوله: "فيما بينهم" أي في حقهم عندهما حتى لا يترتب عليه إرث، ولا غير ذلك من الأحكام لكن إنما لم نتعرض لهم بعقد الذمة، فإنه مانع للتعرض، فإذا أسلما بطل عقد الذمة، فنتعرض لهم. (عبد)

(٨) أشار به إلى ما ذكره بقوله: ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها إلخ. (ب)

(٩) الإمام.

(١٠) قوله: "له حكم الصحة في الصحيح" بناء على ما ذكرنا أن الحرمة إما أن يكون للشرع، أو للزوج إلى آخره، وقوله: في الصحيح؛ احتراز عن قول مشايخ العراق: إن له حكم الفساد، عنده لأنه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء، وقوله: إلا أن المحرمية إلخ جواب عن هذا التشكيك. (ع)

(١١) قوله: "تنافي بقاء النكاح" كما أنها تنافي حدوثه، مثال ذلك أنه تزوج صغيرة، فثبت أنها شريكة اللبن، فإنها تصير أختًا رضاعيًا له، فيبطل نكاحها. (عبد)

(١٢) أي بالإسلام.

(١٣) أي فيما إذ تزوج المجوسي. (عبد)

(١٤) وطلب حكم الإسلام.

والفرق(١) أن استحقاق أحدهما(٢) لا يبطل بمرافعة صاحبه؛ إذ لا يتغير به اعتقاده أما اعتقادُ المُصِرِّ بالكفر لا يعارض إسلامَ المسلم؛ «لأن الإسلام يَعْلو ولا يعلى»*، ولو ترافعا يفرق بالإجماع؛ لأن مرافعتهما(٣) كتحكيمهما(٤). ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمةً، ولا كافرة ومرتدةً؛ لأنه(٥) مستحق للقتل(٦)، والإمهالُ ضرورة التأمل(٧)، والنكاحُ يشغله عنه، فلا يُشْرَع في حقه. وكذا المرتدة لا يتزوجُها مسلم ولا كافر(٨)؛ لأنها محبوسة(٩) للتأمل، وخدمة الزوج تشغلها(١٠)، ولأنه لا

(١٥) قوله: "خلافًا لهما" فإن بإسلام أحدهما يفرق بينهما بالاتفاق، وكذلك بمرافعة أحدهما، وطلب حكم الإسلام عندهما؛ لأن إسلام أحدهما كإسلامهما في جواز التفريق، فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما؛ لأنه برفعه انقاد لحكم الإسلام، كما إذا أسلم (عناية)

(١) عند الإمام.

(٢) قوله: "أن استحقاق أحدهما [لبقاء هذا النكاح]" أي استحقاقه الثابت له باعتقاده لا يبطل بمرافعة صاحبه، بل اعتقاده صار معارضا لاعتقاد الآخر، فبقي حكم الصحة على ما كان، كذا في "الكافي". (د)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٥ ص٦٦. (نعيم)

(٣) قوله: "لأن مرافعتهما كتحكيمهما" ولو حكما رجلا، وطلبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما، فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته. (ع)

(٤) قوله: "كتحكيمهما" وليس تحكيمًا حقيقة؛ إذ معنى المرافعة عرض الأحوال لأجل الحكم، فليس المرافعة تحكيما، نعم يلزمها التحكيم (عبد)

(٥) قوله: "لأنه مستحق للقتل" ينتقض بالزاني المحصن الذي ظهر زناه بالبينة، أو بالإقرار، وإنه يستحق القتل مع أن نكاحه صحيح. (د)

(٦) قوله: "مستحق للقتل" أي من حيث إنه مرتد، بخلاف ما إذا حكم بقتل أحد للقصاص أو للحد، فإنه يجوز العفو في الصورة الأولى، ويجوز أن يرجع الشهود عن الشهادة. (عبد)

(٧) قوله: "والإمهال إلخ" أي يجوز للقاضي الإمهال، فإذا أمهل يجوز أن يترتب عليه مصالح النكاح، قلنا: إمهاله للتأمل في الدلائل، والنكاح مانع عن التأمل. (عبد)

(٨) قوله: "ولا كافر" لم يتعرض للمرتد، أما لاندراجه في الكافر، أو لأنه علم من السابق أنه لا يجوز للمرتد أن يتزوج. (عبد)

(٩) قوله: "لأنها محبوسة" ولا تقتل بل تحبس حتى يظهر عليها الدليل، أو تموت في السجن. (عبد)

(١٠) عن التأمل.

ينتظم بينهما المصالح، والنكاحُ ما شُرِع لعينه، بل لمصالحه.

فإن كان أحد الزوجين[(١)] مسلمًا، فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما[(٢)] وله[(٣)] ولد صغير، صار ولده مسلمًا بإسلامه؛ لأن في جعله[(٤)] تبعًا له[(٥)] نظرًا له[(٦)]. ولو كان أحدهما كتابيًا، والآخر مجوسيًا، فالولد كتابي؛ لأن فيه نوع نظر له[(٧)]؛ إذ المجوسية شرّ منه[(٨)]، والشافعي يخالفنا فيه[(٩)] للتعارض، ونحن أثبتنا الترجيح[(١٠)].

وإذا أسلمت المرأة، وزوجها كافر[(١١)] عرض القاضي عليه الإسلام، فإن أسلم فهي امرأته، وإن أبى فرق بينهما، وكان ذلك طلاقًا عند أبي حنيفة ومحمد رح، وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية[(١٢)]، عرض عليها

(١) قوله: "فإن كان أحد إلخ" كما إذا كان الزوج مسلمًا والزوجة كتابيةً، أو كانت الزوجة مسلمةً والزوج كافرًا، و صورته أنهما كافران، ثم أسلمت الزوجة، وبعد الإسلام قبل التفريق ولدت، وإنما قيدنا بأنهما كافران؛ إذ لا يجوز أن تكون الزوجة مسلمةً، والزوج كافرًا. (عبد)

(٢) قوله: "إن أسلم أحدهما" أي حدث إسلام أحدهما، وله صغير أي كان له ولد صغير. (عبد)

(٣) والواو للحال. (ب)

(٤) الولد.

(٥) المسلم.

(٦) الولد.

(٧) الولد.

(٨) الكتابي.

(٩) قوله: "والشافعي يخالفنا فيه" أي في جعل الولد تبعًا الكتابي للتعارض؛ لأن جعله تبعًا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح، وجعله تبعًا للمجوس يوجب حرمة ذلك، فوقع التعارض إذا الكفر ملة واحدة، والترجيح للمحرم، ونحن أثبتنا الترجيح، وهو قوله؛ لأن فيه نوع نظر.

فإن قلت: على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح، فمن أين يقوم الحجة. قلت: ترجيحنا يدفع التعارض، وترجيحه يرفعه بعد وقوعه، والدفع أولى من الرفع؛ لأن كم من واقع لا يرفع. (عناية)

(١٠) وهو قوله: لأن فيه نظرا له إلخ. (ب)

(١١) كتابي أو غيره.

(١٢) قوله: "وتحته مجوسية" قيد الزوجة بالمجوسية؛ لأنها إن كانت كتابية فلا عرض، ولا تفريق. (عناية)

الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته، وإن أبت فرق القاضي بينهما، ولم تكن الفرقة بينهما طلاقًا. وقال أبو يوسف: لا يكون الفرقة طلاقًا في الوجهين، أما العرض[١] فمذهبنا[٢]. وقال الشافعي: لا يعرض الإسلام؛ لأن فيه تعرّضًا لهم[٣]، وقد ضمنّا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد، فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكد، فيتأجّل[٤] إلى انقضاء ثلاث حيض[٥]، كما في الطلاق[٦]. ولنا أن المقاصد قد فاتت[٧]، فلا بد من سببٍ يبتنى عليه الفرقة، والإسلام طاعةٌ لا يصلح سببًا لها[٨]، فيعرض الإسلام؛ ليحصل المقاصد بالإسلام، أو يثبت الفرقة بالإباء. وجه قول أبي يوسف: أن الفرقة[٩] بسبب يشترك فيه الزوجان، فلا يكون طلاقًا كالفرقة بسبب الملك. ولهما أن بالإباء[١٠] امتنع[١١] عن الإمساك بالمعروف مع قدرته[١٢] عليه بالإسلام، فينوب[١٣]

---

(١) أي عرض الإسلام.

(٢) أي الحنفية.

(٣) أي للكفار.

(٤) وقوع الفرقة.

(٥) قوله: "ثلاث حيض [هذا على سبيل الإلزام، وإلا فالعدة عند الشافعي ثلاثة أطهار]" قال الشراح: هذا خطأ، والصواب ثلاثة أطهار؛ لأن العدة عنده بالأطهار.
وقيل: معناه كان الشافعي يقول: ينبغي أن يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض. (بناية)

(٦) قوله: "كما في الطلاق" فإن الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح، وبعد الدخول لا يرفع إلا بانقضاء العدة. (نهاية)

(٧) بإسلام أحد الزوجين.

(٨) قوله: "لا يصلح سببًا لها" لأنه سبب لإثبات العصمة، وتأكيد الملك به. (نهاية)

(٩) قوله: "أن الفرقة إلخ" يعني أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق منهما، وهو الإباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية، وملك أحد الزوجين صاحبه. (ن)

(١٠) عن الإسلام.

(١١) الزوج.

القاضي منابه[١] في التسريح[٢]، كما في الجب[٣] والعنة[٤]، أما المرأة فليست بأهل للطلاق، فلا ينوب[٥] منابها عند إبائها[٦].

ثم إذا فرّق القاضي بينهما بإبائها، فلها المهر إن كان دخل بها؛ لتأكده بالدخول، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها؛ لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد، فأشبه[٧] الردة[٨] والمطاعة[٩].

وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر، أوأسلم الحربي وتحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها، حتى تحيض ثلاث حيض، ثم تبين من زوجها، وهذا لأن الإسلام ليس سببًا للفرقة، والعرضُ على الإسلام متعذر؛ لقصور الولاية[١٠]، ولا بد من الفرقة رفعًا للفساد، فأقمنا شرطها[١١]، وهو مضى الحيض مقام السبب[١٢]، كما في حفر

(١٢) الزوج.

(١٣) فصار طلاقًا.

(١) الزوج.

(٢) التخليص، والتسريح طلاق.

(٣) قوله: "كما في الجب" الجب القطع، ومنه المجبوب الخصى الذى استوصل ذكره وخصياه. (مغرب)

(٤) فإن القاضي يفرق فيهما، أما في الجب ففي الحال، والعنة بعد إمهال سنة.

(٥) القاضي.

(٦) عن الإسلام.

(٧) في أن القصور منها.

(٨) أي إن ارتدت، أو طاوعت ابن الزوج قبل الدخول، فلا مهر لها.

(٩) قوله: "والمطاعة" قال الإنزاري في "غاية البيان": المطاوعة بفتح الواو لا كسرها أي مطاوعة المرأة ابن زوجها، قلت: يجوز كسر الواو ويكون اسم القاعل من طاوع. (بناية)

(١٠) أي ولاية الإمام.

(١١) قوله: "فأقمنا شرطها إلخ" فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي، وشرط لانقطاع علائق النكاح في الطلاق البائن.

البئر[١]، ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، والشافعي يفصل[٢] كما مر له[٣] في دار الإسلام. وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية، فلا عدة عليها[٤]، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وسيأتيك[٥] إن شاء الله تعالى. وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما؛ لأنه يصح النكاح بينهما[٦] ابتداء، فَلأن يبقى أولى[٧].
قال[٨]: وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلمًا، وقعت البينونة بينهما. وقال الشافعي: لا تقع، ولو سُبِي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق، وإن سُبِيا معًا لم يقع البينونة، وقال الشافعي: وقعت.
فالحاصل أن السبب[٩] هو التباين[١٠] دون السبي عندنا، وهو يقول:

---

(١٢) وهو تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام. (نهاية)

(١) قوله: "كما في حفر البئر" فإن الأصل أن يضاف التلف في الوقوع إلى الثقل؛ لأنه هو العلة للسقوط، والحفر شرط؛ لأن الأرض كانت مسكة مانعة عمل الثقل، فبالحفر زال المانع، فعمل الثقل عمله، فعلم به أنه شرط، لكن العلة ليست بصالحة للحكم؛ لأن الثقل طبعي لا تعدى فيه، والمشي مباح لا شبهة فيه، فلم يصلح المشي علة بواسطة الثقل. وإذا لم يعارض الشرط ما هو علة، وللشرط شبه بالعلل لما يتعلق به من رجوع الحكم أقيم مقام العلة في ضمان النفس والأموال جميعًا، كذا ذكره فخر الإسلام في "أصول الفقه". (ن)

(٢) قوله: "والشافعي يفصل" أي بين المدخول بها وغير المدخول بها حيث يقول: إن كان قبل الدخول يقع الفرقة بإسلام أحدهما، وإن كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء العدة، وهذا الحكم عنده لا يختلف بدار الحرب ودار الإسلام، كما مر له أي للشافعي، وهو قوله: إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد إلخ. (بناية)

(٣) من قوله: فإن كان قبل الدخول إلخ. (ب)

(٤) بالإجماع. (ن)

(٥) قوله: "وسيأتيك" أي في مسألة المهاجرة، وقال الإنزاري: بعد ثلاثة عشر خطأ، وقال الكاكي في باب العدة: والأول هو الأصوب. (بناية)

(٦) أي بين المسلم والكتابية.

(٧) قوله: "أولى" لأن البقاء أسهل من الابتداء. (ع)

(٨) أي القدوري.

(٩) للبينونة.

بعكسه[١]، له أن التباين أثره في انقطاع الولاية[٢]، وذلك لا يؤثر في الفرقة، كالحربيّ المستأمن[٣]، والمسلم المستأمن.

أما السبي[٤]: فيقتضي الصفاء[٥] للسابي، ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح، ولهذا[٦] يسقط الدين عن ذمة المسبّي.

ولنا أن مع التباين حقيقةً وحكمًا[٧] لا ينتظم المصالح، فشابه المحرمية، والسبي[٨] يوجب ملك الرقبة، وهو لا ينافي النكاح ابتداءً[٩] فكذلك بقاءً، فصار[١٠] كالشراء، ثم هو[١١] يقتضي الصفاء في محلّ عمله،

---

(١٠) أي تباين الدارين.

(١) يعني أن لسبب السبي، لا التباين. (ب)

(٢) بينهما.

(٣) قوله: "كالحربي المستأمن إلخ" أي كالحربي إذا دخل دارنا بأمان، فإن ولايته قد سقطت، إذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله، وكالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان، فإن ولايته انقطعت، ولم يؤثر في الفرقة، وهذا إبطال دليل الخصم. (عناية)

(٤) هذا لإثبات المذهب.

(٥) أي صفاء المسبّي للسابي، أي الخلوص له.

(٦) أي لأن السبي يقتضي الصفاء. (عناية)

(٧) قوله: "مع التباين حقيقة وحكما" المراد بالحقيقة تباعدهما شخصًا، وبالحكمي أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع، بل يكون على سبيل القرار والسكنى.

وفي قوله: حكمًا جواب عن قوله: كالحربي المستأمن، والمسلم المستأمن؛ لأن الحربي المستأمن وإن كان في دار الإسلام حقيقةً، ولكن هو في دار الحرب حكمًا؛ لأنه على نية الرجوع، فلذلك لم يترتب عليه حكم التباين، وكذلك المسلم المستأمن حتى لو انقطعت نية الرجوع، كان حكم التباين ثابتاً في حقه. (ن)

(٨) رد على دليل الخصم.

(٩) كما إذا زوج أمته جاز.

(١٠) قوله: "فصار" أي السبي كالشراء من حيث إن النكاح لا يفسد بالشراء، فكذلك بالسبي لعدم المنافاة.(ع)

(١١) قوله: "ثم هو إلخ" أي سلمنا أن السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال، حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخصوص، لا في محل النكاح، وهو منافع البضع؛ لأن ذلك ليس في محل عمله؛ لأن ذلك من خصائص الآدمية لا المالية، وقد اندرج في هذا الجواب عن قوله: ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي؛ لأن الدين في الذمة، وهي من محلّ عمله؛ لأنها هي الرقبة. (ع)

وهو المال، لا في محل النكاح، وفي المستأمن[(١)] لم تتباين الدار حكمًا[(٢)]؛ لقصده الرجوع. وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجِرةً جاز أن تتزوّج، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة. وقالا: عليها العدة؛ لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام، فيلزمها حكم الإسلام.

ولأبي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارًا لخطره، ولا خطر لملك الحربيّ، ولهذا[(٣)] لا تجب العدة على المسبيّة.

وإن كانت حاملا[(٤)] لم تتزوج حتى تضع حملها، وعن أبي حنيفة أنه يصح النكاح[(٥)]، ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها، كما في الحبلى من الزنا[(٦)]، وجه الأول أنه[(٧)] ثابت النسب[(٨)]، فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطًا.

قال: وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام، وقعت الفرقة بغير طلاق، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إن كانت الردة[(٩)] من الزوج، فهي فرقة بطلاق، هو يعتبر بالإباء[(١٠)]، والجامع ما بيناه.

---

(١) قوله: "وفي المستأمن إلخ" جواب عن قوله: كالحربي المستأمن، والمسلم المستأمن. (عناية)

(٢) وإن تباينت حقيقة.

(٣) أي لعدم الخطر في ملك الحربي.

(٤) أي المرأة الخارجة إلينا مهاجرة.

(٥) لأنه لا حرمة للحربي، فجزءه أولى. (عناية)

(٦) فإنه جاز لها التزوج، لكن زوجها لا يقربها إلى وضع الحمل.

(٧) أي أن الحمل.

(٨) من الغير.

(٩) قوله: "إن كانت إلخ" وإن كانت من المرأة فبغير طلاق، هو يعتبر بالإباء والجامع ما بيناه يعني قوله: امتنع عن الإمساك بالمعروف. (عناية)

(١٠) عن الإسلام إذا أسلمت المرأة.

وأبو يوسف مَرَّ على ما أصَّلنا له[1] في الإباء، وأبو حنيفة[2] فرّق بينهما، ووجهُه أن الردة منافية للنكاح؛ لكونها منافيةً للعصمة، والطلاق رافع، فتعذّر أن تُجعل طلاقًا، بخلاف الإباء؛ لأنه يفوّت الإمساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان على ما مرّ[3]، ولهذا[4] تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء، ولا تتوقف بالردة.

ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها، ونصف المهر إن لم يدخل بها، وإن كانت هي المرتدة، فلها كل المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقه[5]؛ لأن الفرقة من قبلها[6].

قال: وإذا ارتدا معًا ثم أسلما معًا فهما على نكاحهما استحسانًا، وقال زفر: يبطل؛ لأن ردة أحدهما منافية، وفي ردتهما ردةُ أحدهما.

ولنا ما روى[7] أن بني حنيفة[8] ارتدوا ثم أسلموا، ولم يأمرهم

---

(١) قوله: "مر على ما أصلنا له" وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان، والطلاق مما يختص بالزوج. (ع)

(٢) قوله: "وأبو حنيفة إلخ" أي أبو حنيفة فرق بين الإباء والارتداد، فجعل الفرقة بإباء الزوجة طلاقا دون الردة، ووجهه أن الردة منافية للنكاح؛ لكونها منافية للعصمة؛ لأنها تبيح النفس والمال، وتبطل الملك والنكاح. والطلاق ليس بمنافٍ للنكاح؛ لأنه رافع له بعد تحققه مسببًا عنه، والمسبب عن الشيء الرافع له لا ينافيه، فلا يكون الردة طلاقا بخلاف الإباء؛ لأنه يفوت الإمساك بالمعروف وليس بمنافٍ للنكاح، فيجب التسريح بالإحسان. (ع)

(٣) عن قريب.

(٤) قوله: "ولهذا" أي لكون الردة منافية للنكاح دون الإباء. (عناية)

(٥) قوله: "ولا نفقه" فإن قيل: فلا مهر مستقيم، فما فائدة ذكر ولا نفقة؛ إذ المسلمة إذا كانت غير مدخولة بها، ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها، فحينئذٍ لا يرتاب أحد في عدم وجوب النفقة في المرتدة إذا كانت غير مدخول بها. قلت: قوله: ولا نفقة راجع إلى ما ذكر قبله، وهو قوله: وإن كانت هي المرتدة، فلها كل المهر إن دخل بها أي ولكن لا نفقة لها؛ لأن الفرقة من قبلها. (ن)

(٦) فكانت كالناشزة، ولا نفقة لها. (عناية)

(٧) قلت: غريب. (تخريج الزيلعي)

(٨) قوله: "أن بني حنيفة" هم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة، وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا. (ع)

الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة، والارتدادُ منهم[١] واقع معًا لجهالة التاريخ. ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد[٢] فسَد النكاح بينهما؛ لإصرار الآخر على الردة؛ لأنه مناف كابتدائها[٣].

باب[٤] القَسْم[٥]

وإذا كان[٦] لرجل امرأتان حرتان فعليه أن يَعْدل بينهما في القسم، بكرين كانتا أو ثيبين، أو إحداهما بكرًا والأخرى ثيبًا؛ لقوله عليه السّلام: «مَن كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقُّه مائل»[٧]*، وعن عائشة رضي الله عنها[٨]: «أن النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نساءه وكان يقول اللهم هذا قَسْمي فيما أملك فلاتؤاخذني فيما لا أملك»** يعني زيادة المحبة،

(١) قوله: "والارتداد إلخ" جواب سؤال، وهو ما ذكره فخر الإسلام في "مبسوطه" بقوله: فإن قيل: إن ارتدادهم ما كان جملة بالإجماع، فكيف يستقيم الاستدلال به؟ قلنا: عند جهالة التاريخ بالتقدم والتأخر يجعل في الحكم كأنه وجد جملة. (نهاية)

(٢) أي بعد ارتدادهما. (عناية)

(٣) الردة.

(٤) قوله: "باب القسم" لما ذكر جواز نكاح عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن، وهذا بابه، ولكن اعتراض ما هو أهم منه من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين إلى أمر الفروج وغيرهما أوجب تأخيره. والقسم بالفتح مصدر قسم انقسام المال بين الشركاء فرقه بينهم، وعين انصباءهم، ومنه القسم بين النساء، وأما القسم بالكسر النصيب مثل طحنت طحنًا، والطحن الدقيق، والقسمة اسم للمقاسمة والتقاسم، كذا في "الصحاح" و "المغرب". (نهاية)

(٥) قوله: "القسم" قال الإنزاري: بفتح القاف مصدر، وهو الرواية عن شيوخنا، قلت: هذا عجيب لا يحتاج إلى رواية عن شيوخه؛ لأن كل واحد يعلم أن القسم في باب التعديل بالفتح. (بناية)

(٦) قال: بلفظ المذكر، وإن كان مستندا إلى المؤنث الحقيقي؛ لوقوع الفصل. (ب)

(٧) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة مرفوعًا، كذا قال الزيلعي.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٦ ص٦٦. (نعيم)

(٨) قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عائشة. (تخريج الزيلعي)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٧ ص٦٦. (نعيم)

ولا فصل[١] فيما روينا. والقديمة والجديدة سواء[٢]؛ لإطلاق ما روينا[٣]، ولأن القسم من حقوق النكاح، ولا تفاوت بينهن فى ذلك، والاختيارُ فى مقدار الدور إلى الزوج[٤]؛ لأن المستحقّ هو التسوية دون طريقها[٥]، والتسوية فى البيتوتة، لا فى المجامعة؛ لأنها تبتنى على النشاط[٦]. وإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة، فللحرة الثلثان من القسم، وللأمة الثلث، بذلك ورد الأثر[٧]، ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة[٨]، فلا بد[٩] من إظهار النقصان فى الحقوق، والمكاتبةُ والمدبرةُ وأم الولد بمنزلة الأمة؛ لأن الرق فيهن قائم.

قال[١٠]: ولا حقّ لهن[١١] فى القَسم حالة السفر، فيُسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهن، فيُسافر بمن خرجت قرعتها.

---

(١) أى بين البكر والثيب. (عناية)

(٢) قوله: "سواء" وقال الشافعي: إن كانت الجديدة بكرًا يفضلها بسبع ليال، وإن كانت ثيبا فبثلاث، ثم التسوية بعد ذلك. (عناية)

(٣) أى بغير تفرقة بين الجديدة والقديمة.

(٤) قوله: "إلى الزوج" أى للزوج أن يجعل لكل واحدة منهما ليلة ليلة، أو ليلتين ليلتين، أو أكثر. (ن)

(٥) قوله: "دون طريقها" أى ليس للمرأة أن تقول: ليلة لى وليلة لضرتي، ولا أجوز أن تبيت عندى ليلتين وعندها ليلتين. (نهاية)

(٦) قوله: "لأنها تبتنى على النشاط" فلا يقدر الزوج على المساواة فيه، وهو نظير المحبة بالقلب. (نهاية)

(٧) قوله: "بذلك ورد الأثر" روى البيهقى نحوه عن ابن المسيب، وعن سليمان بن يسار أن الحرة إن أقامت على ضرات، فلها يومان وللأمة يوم، انتهى. (ت)

(٨) قوله: "أنقص إلخ" يدل عليه أنه لا يحل نكاح الأمة مع الحرة ولا بعدها، وإنما يحل قبلها. (عناية)

(٩) قوله: "فلا بد من إلخ" يعنى أن سبب استحقاق القسم الحل الثابت بالنكاح، وحل الأمة على النصف من حل الحرة، وقد تعذر إظهار التنصيف فى حق حل الفعل، فأظهرناه فى الحقوق، كذا فى "الكافى". (د)

(١٠) أى القدورى. (ب)

(١١) الزوجات.

وقال الشافعي: القرعة مستحقّة؛ لما روى[١]: «أن النبى عليه السلام كان إذا أراد سفرا أقرع بين نساءه[٢]»* إلا أنا نقول: إن القرعة لتطييب قلوبهن، فيكون من باب الاستحباب، وهذا لأنه لا حقّ للمرأة عند مسافرة الزوج، ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدةً منهن، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن، ولا يحتسب عليه بتلك المدة[٣].

وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز؛ لأن سودةَ بنت زمَعة[٤] رضى الله عنها سألت رسول الله عليه السّلام أن يراجعها[٥]، وتجعل يومَ نوبتها لعائشة رضى الله عنها**، ولها أن ترجع فى ذلك[٦]؛ لأنها أسقطت حقًا لم يجب بعدُ فلا يسقط[٧].

---

(١) رواه الجماعة من حديث عائشة. (تخريج الزيلعى)

(٢) فأيتهن خرج اسمها خرج بها معه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٨ ص٦٧. (نعيم)

(٣) قوله: "ولا يحتسب عليه إلخ" أى لا يكون تلك المدة محسوبة من نوبتها. (عناية)

(٤) بفتحتين.

(٥) قوله: "سألت رسول الله إلخ" رواه البيهقى فى "سننه" من حديث أحمد بن عبد الجبار العطاردى: ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن عروة: "أن رسول الله ﷺ طلق سودة فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه، فقالت: والله ما لى فى الرجال من حاجة، ولكنى أريد أن أحشر فى أزواجك، قال: فراجعها وجعل يومها لعائشة"، انتهى، وهو مرسل. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٩ ص٦٧. (نعيم)

(٦) أى فى ترك قسمها لصاحبتها.

(٧) قوله: "فلا يسقط" لأن الإسقاط إنما يتحقق فى القائم، فيكون رجوعها امتناعا، فصار بمنزلة العارية، وللمعير أن يرجع متى شاء سالما، قلنا: فكذا هذا، كذا فى "مبسوط فخر الإسلام". (نهاية)

كتاب الرّضَاع[١]

قال: قليل الرضاع وكثيره سواء، إذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم، وقال الشافعي: لا يثبت التحريم[٢] إلا بخمس رضعات[٣]؛ لقوله عليه السلام[٤]: «لا تحرّم[٥] المصّة ولا المصتان ولا الإملاجة والإملاجتان»*.

ولنا قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ الآية، وقوله عليه السّلام[٦]: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»** من غير فصل[٧]، ولأن الحرمة[٨] وإن كانت[٩] لشبهة البعضية الثابتة بنشور

---

(١) قوله: "كتاب الرضاع" لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات، وأتى بكتاب له على حدة؛ لما أن له أحكامًا جمة مخصوصة به، لا يشاركه فيها غيره. والرضاع: بفتح الراء وهو الأصل، وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي، وفي الشريعة: عبارة عن مص مخصوص، وهو أن يكون صبيًا رضيعًا من ثدي مخصوص، وهو ثدي الآدمية في وقت مخصوص على ما يذكر. (عناية)

(٢) قوله: "لا يثبت إلخ" لحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كانت فيما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخت بخمس رضعات معلومات يحرمن، وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهو ضعيف؛ لأن نسخ التلاوة بعد رسول الله ﷺ لا يجوز. (إله داد)

(٣) يكتفي الصبي بكل واحدة منها. (نهاية)

(٤) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" وجه التمسك له بهذا الحديث أنهم بصدد نفي مذهبنا، وهو ثبوت حرمة الرضاع وإن قل الارتضاع، لكن لما انتفى به مذهبنا ثبت مذهبه ضرورة لعدم القائل بالفصل أي بين القليل وبين خمس رضعات. (نهاية)

(٥) قوله: "لا تحرم إلخ" أخرجه ابن حبان في "صحيحه" عن عبد الله بن الزبير عن أبيه مرفوعًا، كذا قال الزيلعي في "تخريجه": والمصة من فعل الرضيع، والإملاجة من فعل المرضع، يقال: أملجت المرأة الصبي أي أرضعته، كذا في "النهاية". (ملخص الحواشي).

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٠ ص٦٨. (نعيم)

(٦) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس. (تخريج الزيلعي)

** حديث عائشة وابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٨، وانظر الدراية ج٢ ص٦٨. (نعيم)

(٧) قوله: "من غير فصل" يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لايجوز. (ع)

(٨) دليل معقول. (عناية)

العظم، وإنبات اللحم، لكنه أمرٌ مُبْطَن(١)، فتعلق الحكم بفعل الإرضاع، وما رواه(٢) مردود بالكتاب(٣)، أو منسوخ به، وينبغي أن يكون(٤) في مدة الرضاع؛ لما نبين. ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة، وقالا: سنتان، وهو قول الشافعي. وقال زفر: ثلاثة أحوال؛ لأن الحولَ حسنٌ للتحوّل(٥) من حال إلى حال، ولا بد من الزيادة على الحولين؛ لما نبيّن(٦)، فتقدر به. ولهما قوله تعالى: ﴿وحملُه وفصاله ثلاثون شهرًا﴾، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر، فبقى للفصال(٧) حولان، وقال النبي عليه السّلام(٨): «لا رضاع بعد حولين»*.

وله(٩) هذه الآية، ووجهُه أنه تعالى ذكر شيئين(١٠)، وضرب لهما

---

(٩)قوله: "وإن كانت إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: ينبغي أن لا يثبت الرضاع بالقليل؛ لما أن تحريم الرضاع إنما كان لإنشاره العظم وإنباته اللحم، كما جاء في الحديث، وفي القليل لا يثبت ذلك، فلا يوجب الحرمة، فأجاب عنه بقوله: لكنه أي إنشار العظم وإنبات اللحم أمر مبطن إلخ.والإنشار بالراء المهملة الإحياء، في التنزيل: ﴿إذا شاء أنشره﴾، ومنه: لا رضاع إلا ما أنشر العظم، وأنبت اللحم أي قواه وشده كأنه أحياه.(ن)

(١) أي فيه خفاء. (ب)

(٢) جواب عن استدلال الشافعي. (عناية)

(٣) قوله: "مردود بالكتاب" لأن العمل به أقوى على تقدير أن يكون قبله، أو منسوخ إن كان بعده.(ع)

(٤) الرضاع.

(٥) أي صالح للتحول، من حال إلى حال، كما في أجل العنين. (عناية)

(٦) في وجه قول أبي حنيفة. (عناية)

(٧) قوله: "للفصال" فصال بكسر مفارقت واز شير باز داشتن كودك را. (غث)

(٨) قوله: "لا رضاع بعد حولين" أخرجه الدارقطني في "سننه" عن الهيثم بن جميل عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن عباس قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»، ورواه مالك في "الموطأ" عن ثور بن زيد عن ابن عباس موقوفًا، وقال النسائي: والهيثم بن جميل وثقه الإمام أحمد والعجلي وابن حبان وغير واحد، وكان من الحفاظ إلا أنه وهم في رفع هذا الحديث، والصحيح وقفه على ابن عباس، هكذا رواه سعيد بن منصور عن ابن عيينة موقوفًا. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٦١ ص٦٨. (نعيم)

(٩) أي ﴿وحمله﴾ إلخ.

مدة[١]، فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدَينين[٢]، إلا أنه قام المنقِّص[٣] في أحدهما[٤]، فبقى الثانى على ظاهره، ولأنه لابد من تغيير الغذاء[٥]؛ لينقطع الإنباتُ باللبن، وذلك[٦] بزيادة مدةٍ يتعود الصبى فيها غيرَه، فقدرت بأدنى مدة الحمل لأنها مغيِّرةٌ، فإن غذاءَ الجنين يغاير غذاءَ الرضيع، كما يغاير غذاء الفطيم، والحديث[٧] محمول على مدة الاستحقاق[٨]، وعليه[٩] يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب.

---

(١٠) أى الحمل والفصال.

(١) ثلاثون شهراً.

(٢) قوله: "كالأجل المضروب للدينين" مثل أن يقول لفلان: على ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة إلى شهرين، يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكماله. (عناية)

(٣) قوله: "إلا أنه قام المنقص [من تلك ا لمدة]" وهو حديث عائشة رضى الله عنها «الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل» (عناية)

(٤) أى الحمل.

(٥) قوله: "ولأنه لا بد [حين إذا ترك الرضاعة] إلخ" أى لأنه لا بد من تغير الغذاء؛ لينقطع الإنبات باللبن، ويحصل بغيره إبقاء لحياته، وذلك أى التغير يكون بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره؛ لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره مهلك. وهذا هو الذى وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة، كما فى العنين، وقدرناه بأدنى مدة الحمل؛ لأنها مغيرة، فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع، فإن غذاء الجنين كان غذاء أمه، ثم صار لبناً خالصاً، كما أن غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم؛ لأن غذاء الرضيع اللبن، وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى؛ لأنه يفطم تدريجا، فكان الحاصل أنه لا بد من تغير الغذاء، وتغير الغذاء بستة أشهر، فلا بد من ستة أشهر. (ع)

(٦) التغير.

(٧) يعنى قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد الحولين». (عناية)

(٨) قوله: "محمول على مدة الاستحقاق" قالوا: المراد من قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد حولين» أى لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين. وقال بعضهم: المراد من الحديث نفى استحقاق الأجرة، وقال فى "المحيط": كثير من المشايخ قالوا: إن مدة الرضاع فى حق استحقاق الأجر على الأب مقدر بحولين عند الكل، حتى لا يستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق فى الحولين بالإجماع. (نهاية)

(٩) قوله: "وعليه" أى على الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب يعنى قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ بدليل قوله بعده: ﴿فإن أرادا فصالا عن تراض﴾، فإنه ذكر بحرف الفاء معلقًا بالتراضى، ولو كان الرضاع بعده حرامًا لم يعلق به؛ لأنه لا أثر للتراضى فى إزالة المحرم شرعًا.(ع)

قال: وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم؛ لقوله عليه السّلام[١]: «لا رضاع بعد الفصال»*، ولأن الحرمة باعتبار النشوء، وذلك فى المدة؛ إذ الكبير لا يتربى به[٢]، ولا يعتبر[٣] الفطام[٤] قبل المدة إلا فى رواية عن أبى حنيفة؛ إذ استغنى عنه[٥]. ووجهُه انقطاع النشوء[٦] بتغير الغذاء، وهل يباح الإرضاع بعد المدة قد قيل: لا يباح؛ لأن إباحته ضرورية؛ لكونه جزء الآدمى[٧].

قال[٨]: ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، للحديث الذى روينا[٩] إلا أم أخته من الرضاع[١٠]، فإنه يجوز أن يتزوجها، ولا يجوز أن يتزوّج أم أخته من النسب؛ لأنها[١١] تكون أمّه أو موطوءة أبيه، بخلاف الرضاع. ويجوز تزوج أخت ابنه من الرضاع، ولا يجوز ذلك من

---

(١) رواه الطبرانى فى "المعجم الصغير" عن على مرفوعًا، كذا قال الزيلعى فى تخريجه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٢ ص٦٨. (نعيم)

(٢) اللبن.

(٣) قوله: "ولا يعتبر إلخ" أى إذا فطم قبل المدة لم يعتبر الفطام إلا فى رواية عن أبى حنيفة، حتى لو فطم صبى قبل الحولين، أو قبل ثلاثين شهراً عند أبى حنيفة، ثم أرضعته امرأة قبل أن يمضى عليها مدة الرضاع تعلق به التحريم فى ظاهر الرواية دون رواية الحسن إذا استغنى عنه. (عناية)

(٤) بكسر اول موقوف كردن شير خوارگى بعد عمر دو سالگى. (غياث اللغات)

(٥) اللبن.

(٦) والحرمة باعتبار النشو.

(٧) وهو مكرم.

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) أول كتاب الرضاع.

(١٠) قوله: "من الرضاع" جاز أن يتعلق بالأخت مثل أن يكون للرجل أخت من الرضاع، ولها أم من النسب، وجاز أن يتعلق بالأم مثل أن يكون له أخت من النسب، ولها أم من الرضاعة، وجاز أن يتعلق بهما جميعاً مثل أن يجتمع الصبى والصبية الأجنبيان على ثدى امرأة أجنبية، وللصبية أم أخرى من الرضاعة. (عناية)

(١١) أى أم الأخت.

النسب[١]؛ لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع.

وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها، كما لا يجوز ذلك من النسب؛ لما روينا[٢]، وذكرُ الأصلاب[٣] في النص[٤] لإسقاط اعتبار التبني[٥] على ما بيناه[٦].

ولبن الفَحْل[٧] يتعلق به التحريم، وهو أن ترضع المرأة صبيةً[٨]، فتحرم هذه الصبية على زوجها، وعلى آباءه وأبناءه، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبًا للمرضعة، وفي أحد قولي الشافعي: لبن الفحل لا يحرّم؛ لأن الحرمة لشبهة البعضية[٩]، واللبنُ بعضها[١٠]، لا بعضه.

ولنا ما روينا[١١]، والحرمة بالنسب من الجانبين[١٢]، فكذا بالرضاع،

(١) قوله: "ولا يجوز ذلك من النسب" لأن أخت ابنه من النسب إن كانت منه فهي بنته، وإن لم تكن منه بأن كانا من أم فهي ربيبة، والربيبة تحرم بالدخول، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع حتى لو لم يوجد أحد هذين المعنيين في النسب، بأن كانت أمة مشتركة بين اثنين فجاءت بولد، فادعياه حتى يثبت النسب منهما، ولكل منهما بنت من امرأة أخرى جاز لكل واحد من المولين أن يتزوج بنت شريكه وإن كان كل من المولين متزوجًا بأخت ابنه من النسب. (إله داد)

(٢) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». (عناية)

(٣) دفع دخل.

(٤) أي قوله تعالى: ﴿وحلائل أبناءكم الذين من أصلابكم﴾.

(٥) قوله: "لإسقاط إلخ" فإن حليلة الابن المتبنى كانت حرامًا في الجاهلية، وأما حرمة حليلة ابن الرضاع، فثابتة بالحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع» الحديث. (عناية)

(٦) في فصل المحرمات.

(٧) قوله: "ولبن الفحل" من باب إضافة الشيء إلى سببه؛ لأن سبب اللبن إنما هو الفحل. (عناية)

(٨) قوله: "وهو أن إلخ" إنما ذكره تنبيها على أنه ليس المراد لبن الفحل، وهو أن ينزل اللبن فأرضع صبية؛ لأن إرضاعه لا يتعلق التحريم بالإجماع. (إله داد)

(٩) باعتبار النشو والنماء.

(١٠) المرضعة.

(١١) «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

وقوله عليه السّلام لعائشة رضى الله عنها[١] : «ليلج عليك أفلح فإنه عمكِ من الرضاعة[٢]»*، ولأنه سببٌ لنزول اللبن منها، فيضاف[٣] إليه فى موضع الحرمة احتياطًا. ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع؛ لأنه يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب، وذلك مثل الأخ من الأب، إذا كانت له أختٌ من أمه جاز لأخيه[٤] من أبيه أن يتزوجها.

وكل صبيين[٥] اجتمعا على ثدى امرأةٍ واحدةٍ لم يجز لأحدهما أن يتزوّج بالأخرى، هذا هو الأصل؛ لأن أمهما واحدة، فهما أخ وأخت.

ولا يتزوج المرضعة[٦] أحدًا من ولد التى أرضعت؛ لأنه أخوها، ولا ولدَ ولدها[٧]؛ لأنه ولد أخيها، ولا يتزوج الصبىّ المرضَعُ أختَ زوج المرضِعةَ؛ لأنها عمته من الرضاع.

---

(١٢) الأب والأم.

(١) قوله: "وقوله عليه السلام لعائشة إلخ" قلت: أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن عائشة قالت: دخل على أفلح بن أبى القيس فاستترت منه، فقال: تسترين منى وأنا عمك، قالت: قلت: من أين؟ قال: أرضعتك امرأة أخي قالت: إنما أرضعتنى المرأة، ولم يرضعنى الرجل، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فحدثته، فقال: «إنه عمك فليلج عليك»، انتهى (تخريج الزيلعى)

(٢) والعم من الرضاع لا يكون إلا من الفحل. (إله داد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٣ ص٦٨. (نعيم)

(٣) اللبن.

(٤) قوله: "جاز إلخ" لأنه لا نسب بينهما موجب للحرمة، فكذلك فى الرضاع، كذا فى "المبسوط". (ن)

(٥) قوله: "وكل صبيين إلخ" غلب الصبيُّ على الصبية، كما فى القمرين للشمس والقمر. (نهاية)

(٦) قوله: "ولايتزوج المرضعة" بصيغة اسم المفعول، وبالرفع على الفاعلية، ونصب أحدًا على المفعولية، ومن ولد التى أرضعت على طريق الإضافة، هذا هو الأصل من النسخ، وفى نسخة أخرى، ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت بعكس الأولى فى الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضًا صحيح، فكان كلاهما بخط شيخي، ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين، وهما بعد صيغة اسم الفاعل فى المرضعة كونها فاعلة، أو مفعولة على ما ذكرنا، ولكن على هذين التقديرين لا بد أن يكون قوله: من الولد الذى أرضعته معرفًا باللام. (ن)

(٧) التى أرضعت.

وإذا اختلط اللبن بالماء، واللبنُ هو الغالب تعلّق به التحريم، وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافًا للشافعي[١] هو يقول: إنه[٢] موجود فيه حقيقةً، ونحن نقول: المغلوب غير موجود حكمًا، حتى لا يظهر بمقابلة الغالب، كما في اليمين[٣]. وإن اختلط[٤] بالطعام لم يتعلق به التحريم وإن[٥] كان اللبن غالبًا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم، قال[٦]: قولهما فيما إذا لم تمسه[٧] النار حتى لو طبخ[٨] بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعًا[٩]. لهما أن العبرة للغالب، كما في الماء إذا لم يغيّره[١٠] شيء[١١] عن حاله، ولأبي حنيفة أن الطعام أصل، واللبن تابع له في حق المقصود[١٢]، فصار كالمغلوب[١٣]، ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح[١٤]؛ لأن التغذّي بالطعام؛ إذ هو

---

(١) قوله: "خلافًا للشافعي" عنده إذا اختلط مقدارما يحصل به خمس رضعات من اللبن في جب من الماء، فشربه الصبي يثبت به الحرمة، هو يقول: إنه موجود حسًا وحقيقةً، فيكون معتبرًا؛ لأن المحسوس لا ينكر.(ع)

(٢) اللبن.

(٣) قوله: "كما في اليمين" حلف لايشرب لبنًا، فشرب لبنًا مخلوطًا بالماء،والماء غالب على اللبن لايحنث(ع)

(٤) اللبن.

(٥) وصلية.

(٦) أي المصنف. (ب)

(٧) اللبن.

(٨) اللبن.

(٩) قوله: "في قولهم جميعًا" يعني سواء كان غالبًا أو مغلوبًا، أما إذا كان مغلوبًا فظاهر، وأما إذا كان غالبًا فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعًا بالطعام، وإن كان غالبًا لا يسمى لبنا مطلقًا. (عناية)

(١٠) اللبن.

(١١) كالنار.

(١٢) التغذى.

(١٣) الكاف زائدة أي فصار اللبن مغلوبًا، وإن كان غالبًا.

(١٤) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة: إن ذلك عنده إذا لم يتقاطر اللبن

الأصل. وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم؛ لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه؛ إذ الدواء لتقويته[١] على الوصول[٢]، وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب[٣] تعلق به التحريم، وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم؛ اعتباراً للغالب[٤]، كما في الماء، وإذا اختلط لبنُ امرأتين تعلّق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف[٥]؛ لأن الكل صار شيئًا واحدًا، فيُجعل الأقل تابعًا للأكثر في بناء الحكم عليه. وقال محمد وزفر: يتعلق التحريم بهما؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس، فإن الشيء لا يصير مستهلكًا في جنسه لاتحاد المقصود، وعن أبي حنيفة في هذا روايتان[٦]، وأصلُ المسألة في الأيمان[٧] وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيًا تعلق به التحريم؛ لإطلاق النص[٨]، ولأنه[٩] سبب النشوء، فيثبت به شبهةُ البعضية.

من الطعام عند حمل اللقمة، وأما إذا كان يتقاطر منه فيثبت به الحرمة عنده؛ لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة. والأصح أنه لا يثبت على كل حال عنده؛ لأن التغذى بالطعام؛ لأنه هو الأصل دون اللبن، و المعتبر ما يقع به التغذى الموجب لإنبات اللحم. (عناية)

(١) قوله: "إذ الدواء لتقويته [اللبن] إلخ" لأنه يجعل فيه ليصل به إلى ما لا يصل هو بنفسه، وهذا من المجربات، والتجربة تورث الظن الغالب. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٢) أي على الوصول إلى ما يصل إليه بانفراده.

(٣) على لبن الشاة.

(٤) أي كما في اختلاط اللبن بالماء.

(٥) وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة. (ب)

(٦) قوله: "في هذا روايتان" في رواية قوله كقول أبي يوسف، وبه قال الشافعي في قول، وفي رواية كقول محمد وزفر. (عناية)

(٧) قوله: "في الأيمان" فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة، فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه، فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لا يحنث؛ لأن المغلوب كالمستهلك، وعند محمد يحنث؛ لأن الشيء يتكثر بجنسه، ولا يصير مستهلكا. (عناية)

(٨) وهو قوله تعالى: ﴿أمهاتكم التي أرضعنكم﴾ (ب)

(٩) اللبن.

وإذا حُلِب لبن المرأة بعد موتها(١)، فأوجر الصبي(٢) تعلق به التحريم، خلافًا للشافعي، هو يقول: الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة، ثم تتعدى(٣) إلى غيرها بواسطتها، وبالموت لم تبقَ محلا لها(٤)، ولهذا(٥) لا يوجب وطئُها(٦) حرمةَ المصاهرة(٧). ولنا أن السبب(٨) هو شبهة الجزئية، وذلك في اللبن لمعنى الإنشار والإنبات، وهو قائم باللبن(٩)، وهذه الحرمةُ تَظهر في حق الميتة دفنًا وتيميمًا، أما الجزئيةُ في الوطء(١٠)؛ لكونه ملاقيًا لمحل الحرث، وقد زال بالموت فافترقا. وإذا احتُقن(١١) الصبيُّ باللبن لم يتعلق به التحريم، وعن محمد أنه يثبت به الحرمة كما يفسد به(١٢) الصوم، ووجه الفرق(١٣) على الظاهر أن المفسد في الصوم إصلاح البدن، ويوجد

---

(١) قوله: "بعد موتها" قيد بالموت؛ لأنه لو حلب قبل الموت، وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر.(ع)

(٢) قوله: "فأوجر الصبي" الوجور الدواء الذي يصب في وسط الفم، يقال: أوجرته ووجرته.(ن)

(٣) الحرمة.

(٤) الحرمة.

(٥) أي لعدم بقاءه محلا بعد الموت.

(٦) أي المرأة المتوفاة.

(٧) خسرى دامادى.

(٨) أي سبب حرمة الرضاع.

(٩) قوله: "وهو قائم باللبن" لأن الموت لم يخرجه عن كونه متغذيا كما أنه لم يخرج لحمه عن ذلك، والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها، بل تظهر في الميتة دفنًا وتيميمًا بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج، فإن لهذا الزوج أن يدفن وييمّم بالميتة؛ لأنه صار محرمًا لها حيث صارت أم امرأته. (عناية)

(١٠) قوله: "أما الجزئية إلخ" جواب عن قوله: ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة، يعني أن حرمة المصاهرة بالوطء إنما تثبت بملاقاته لمحل الحرث؛ ليثبت به الجزئية، ومحل الحرث قد زال بالموت، فافترقا. (عناية)

(١١) الاحتقان: حقنه كردن، كذا في "تاج المصادر".

(١٢) أي بالاحتقان.

(١٣) بين الصوم والتحريم في باب الاحتقان.

ذلك في الدواء، فأما المحرّم في الرضاع معنى النشوء، ولا يوجد ذلك في الاحتقان؛ لأن المغذئ وصولُه من الأعلى. وإذا نزل للرجل لبن، فأرضع صبيًا، لم يتعلق به التحريم؛ لأنه ليس بلبن على التحقيق[١]، فلا يتعلق به النشوء والنمو، وهذا لأن اللبن إنما يتصور مما يتصور منه الولادة.

وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم[٢]؛ لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم، والحرمةُ باعتبارها. وإذا تزوج الرجل صغيرةً وكبيرةً، فأرضعت الكبيرة[٣] الصغيرةَ، حرمتا على الزوج[٤]؛ لأنه يصير جامعًا بين الأم والبنت رضاعًا، وذلك حرامٌ كالجمع بينهما[٥] نَسبًا.

ثم إن لم يدخل بالكبيرة، فلا مهر لها[٦]؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها، وللصغيرة نصف المهر؛ لأن الفرقة وقعت لا من جهتها، والارتضاع[٧] وإن[٨] كان فعلا منها، لكن فعلها غير معتبر[٩] في إسقاط

---

(١) قوله: "لأنه ليس بلبن على التحقيق" ثم تسميته لبنًا لقوله: "وإذا نزل للرجل لبن" لتصوره بصورة اللبن، كما يقال: "دم السمك" مع أنه ليس بدم على التحقيق لتصوره بصورة الدم. (نهاية)

(٢) قوله: "لم يتعلق إلخ" وذكر في "المبسوط" في هذا حكاية، وهي أن محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الأخبار كان يقول: به يثبت حرمة الرضاع، فإنه دخل البخاري في زمن الشيخ أبي حفص الكبير، وجعل يفتي، فقال له الشيخ: لا تفعل، فلست هناك، فأبى أن يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسألة، فأفتى بثبوت الحرمة، فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى. (عناية)

(٣) قوله: "فأرضعت الكبيرة" يعني بلبن هذا الزوج، أو بلبن زوج آخر. (حاشية ملا إله داد)

(٤) قوله: "حرمتا على الزوج" أما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة، وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة، وإن لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة؛ لأنها ربيبته لم يدخل بأمها. (ع)

(٥) الأم والبنت.

(٦) تعمدت الفساد أولا. (عناية)

(٧) قوله: "والارتضاع إلخ" أي فإن قيل: العلة للفرقة الارتضاع، وهي فعلها، فلم لم تضف الفرقة إليها؟ أجاب عنه بقوله: والارتضاع إلخ. (عناية)

(٨) وصلية.

(٩) أي شرعًا.

حقّها، كما(١) إذا قتلت(٢) مورثها. ويرجع به(٣) الزوجُ على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفسادَ(٤)، وإن لم تتعمد(٥)، فلا شيء عليها، وإن(٦) علمت بأن الصغيرة امرأته. وعن محمد أنه يرجع في الوجهين(٧)، والصحيح ظاهر الرواية؛ لأنها وإن(٨) أكَّدَتْ ما كان على شرفِ(٩) السقوط(١٠)، وهو نصف المهر، وذلك(١١) يجرى مجرى الإتلاف(١٢)، لكنها مُسَبِّبةٌ(١٣) فيه، إما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعًا(١٤)، وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال، أو لأن فسادَ النكاح ليس بسببٍ لإلزام المهر(١٥)، بل هو

(١) فلا تحرم عن الميراث.

(٢) صغيرة.

(٣) أى بنصف مهر الصغيرة.

(٤) أى فساد النكاح.

(٥) قوله: "وإن لم تتعمد" بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعًا. (عناية)

(٦) وصلية.

(٧) قوله: "يرجع في الوجهين [أى تعمدت به الفساد، أو لم تتعمد]" لأن من أصله أن المسبب كالمباشر، ولهذا جعل فتح باب القفص، والإصطبل، وحل قيد الآبق موجبًا للضمان على ما عرف فى الأصول، وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء، فكذلك فى التسبيب. (عناية)

(٨) وصلية.

(٩) بر امر بزرگ رسيدن خير باشد يا شر.

(١٠) بتقبيل ابن الزوج إذا بلغت حدا تشتهى. (عناية)

(١١) أى التأكيد.

(١٢) فى إيجاب الضمان. (عناية)

(١٣) لا مباشرة.

(١٤) قوله: "ليس بإفساد النكاح وضعا" لأن وضعه لتربية الصغيرة، لا لإفساد النكاح، وإنما يثبت الإفساد باتفاق الحال بتأديته إلى الجمع بين الأم والبنت فى ملك رجل نكاحًا. (ع)

(١٥) قوله: "ليس بسبب إلخ" لأنه غير مضمون بالإتلاف؛ لكونه غير متقوم فى نفسه؛ لأنه ليس ملك عين، ولا منفعة على التحقيق، ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإيجاره، وإنما هو ملك ضرورى يظهر فى حق الاستيفاء، بل هو سبب لسقوطه؛ لأن ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضًا. فإن قيل: إذا لم يكن سببًا لإلزامه

سببٌ لسقوطه[١] إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عُرف[٢]، لكن من شرطه[٣] إبطال النكاح، وإذا كانت مسببةً يشترط فيه التعدى كحفر البئر[٤]. ثم إنما تكون[٥] متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفسادَ، أما إذا لم تعلم بالنكاح، أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفعَ الجوع والهلاك من الصغيرة دون الإفساد لا تكون متعدية؛ لأنها[٦] مأمورةٌ بذلك[٧]، ولو علمتْ بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضًا، وهذا منّا[٨] اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد، لا لدفع الحكم.

ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفرداتٍ[٩]، وإنما يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

كيف وجب على الزوج نصف المهر، أجاب عنه بقوله: إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف فى باب المهر، والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى: ﴿ومتعوهن﴾؛ لأن المعتود عليه عاد إليها سالمًا، لكن من شرط وجوبه أى وجوب نصف المهر بطريق المتعة إبطال النكاح، فكانت صاحبة شرط، فهى مسببة. (عناية)

(١) المهر.

(٢) سابقًا.

(٣) أى من شرط الوجوب.

(٤) قوله: "كحفر البئر" فإن الحافر مسبب لسقوط من سقط فى البئر، فلو كان الحفر فى الشارع العام، فهو تعد فيعتبر هذا التسبيب ويجب الضمان، وإن كان فى أرض نفسه فليس بتعد، فلا اعتبار لهذا التسبيب.

(٥) الكبيرة.

(٦) الكبيرة.

(٧) أى بالإرضاع لدفع الهلاك. (عناية)

(٨) قوله: "وهذا منا إلخ" أى فإن قيل: الجهل بحكم الشرع فى دار الإسلام ليس بعذر، فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا فى حق عدم وجوب الضمان عليها، أجاب بقوله: وهذا منا اعتبار الجهل لدفع الفساد، لا لدفع الحكم. وتقريره أن الحكم الشرعى -وهو وجوب الضمان- يعتمد التعدّى، والتعدى إنما يحصل بقصد الفساد، والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد، فإذا انتفى قصد الفساد، فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم، فإن قلت: دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم، فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم، قلت: لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به. (عناية)

(٩) قوله: "منفردات" أى عن الرجال، اجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين، واحدة كانت أو أكثر(ع)

وقال مالك: يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفةً بالعدالة؛ لأن الحرمة حقّ من حقوق الشرع، فيثبت بخبر الواحد، كمن اشترى لحمًا فأخبره واحد[1] أنه ذبيحة المجوسي. ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل[2] عن زوال الملك في باب النكاح، وإبطالُ الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، بخلاف اللحم؛ لأن حرمة التناول ينفك[3] عن زوال الملك، فاعتبر أمرًا دينيًا، والله أعلم.

كتاب الطلاق[4]

باب طلاق السنة[5]

قال: الطلاق على ثلاثة أوجه: حسن، وأحسن، وبدعيّ، فالأحسن أن يطلق الرّجل امرأته تطليقةً واحدةً في طهرٍ لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها؛ لأن الصّحابة[6] كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة، حتى تنقضي العدةُ، وأنَّ هذا[7] أفضل عندهم من أن يطلّق

(١) قوله: "فأخبره واحد إلخ" فإنه لا ينبغي للمسلم أن يأكل ويطعم غيره؛ لأن المخبر أخبره بحرمة العين، وبطلان الملك، فيثبت الحرمة مع بقاء الملك، ثم لما ثبت الحرمة ههنا مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه، ولا أن يحبس الثمن عن البائع، كذا في "فتاوى قاضي خان". (نهاية)

(٢) قوله: "لا يقبل إلخ" فإن بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة، فإذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا يثبت الحرمة. (نهاية)

(٣) لأن الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان، كما في الخمر. (ب)

(٤) قوله: "كتاب الطلاق [في "المغرب": الطلاق مصدر بمعنى التطليق. ب] إلخ" لما كان الطلاق متأخرًا عن النكاح طبعًا، أخره عنه وضعًا؛ ليوافق الوضع الطبع، فالطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد. وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة، وسببه الحاجة المحوجة إليه، وشرطه كون المطلق عاقلابالغًا، والمرأة في النكاح، أوفي العدة التي تصلح بها محلاللطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل. (ع)

(٥) قوله: "باب طلاق السنة" وهو مذكور أصالة، وإنما ذكر البدعي؛ لأن الأشياء تتبين بأضدادها. (عبد)

(٦) قوله: "لأن الصحابة إلخ" قلت: أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن إبراهيم النخعي قال: كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "وأن هذا إلخ" بفتح الهمزة عطف على أن في قوله: لأن الصحابة. (إله داد)

الرجل ثلاثًا، عند كل طهر واحدةً، ولأنه أبعدُ من الندامة[١]، وأقلُّ ضررًا بالمرأة[٢]، ولا خلاف لأحدٍ في الكراهة[٣].

والحسن هو طلاق السنة[٤]، وهو أن يطلق المدخول بها[٥] ثلاثًا في ثلاثة أطهار، وقال مالك: إنه بدعة، ولا يباح إلا واحدة؛ لأن الأصل في الطلاق هو الحظر[٦]، والإباحةُ لحاجة الخلاص، وقد اندفعت بالواحدة[٧]. ولنا قوله عليه السّلام[٨] في حديث ابن عمر رضي الله عنهما[٩]: «إن السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقةً»*، ولأن الحكم[١٠] يدار على دليل الحاجة، وهو الإقدامُ على

---

(١) للرجل.

(٢) قوله: "وأقل ضررا بالمرأة" حيث لا يطول عليها العدة بحال، أما لو طلقها أكثر من واحدة، فالعدة ربما تطول بأن يطلقها ثم يراجعها، ثم يطلقها. (د)

(٣) قوله: "ولا خلاف لأحد في الكراهة [أي عدمًا. عبد]" أي في عدم الكراهة أي لم يقل أحد بكراهته، بخلاف الحسن، فإن فيه خلاف مالك. (د)

(٤) قوله: "هو طلاق السنة" إنما سمي به مع أن القسم الأول أيضًا سنة، بل الأول متفق عليه، فكان ذلك للسنية أولى للرد على مالك. (عبد)

(٥) قوله: "المدخول بها" إنما قيد به؛ لأن غير المدخول بها لا يتصور في حقها التفريق. (عبد الغفور)

(٦) المنع.

(٧) قوله: "وقد اندفعت بالواحدة" إذ لو طلق وانقضت العدة حصل المقصود. (عبد)

(٨) قوله: "ولنا قوله عليه السلام إلخ". قلت: رواه الدارقطني في "سننه" من حديث معلى بن منصور عن عبد الله بن عمر "أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها تطليقتين أخريين عند القرءين، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء»، فأمرني فراجعتها، فقال: إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك، فقلت: يا رسول الله! أرأيت لو طلقتها ثلاثًا أكان يحل لي أن أراجعها؟ فقال: لا، كانت تبين منك، وكانت معصية"، انتهى. (ت)

(٩) أي في شأن ابن عمر. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٤ ص٦٩. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأن الحكم [أي إباحة الطلاق. عبد] إلخ" حاصله أن الحاجة أمر مبطن، وفي الأمر المبطن يقام الدليل مقامه، والدليل ههنا الإقدام على الطلاق في وقت الرغبة، وذلك الوقت وقت الطهر، وأما وقت الحيض

الطلاق فى زمان تجدّد الرغبة، وهو الطهر، فالحاجة كالمتكررة نظرًا إلى دليلها[١]. ثم قيل[٢]: الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر؛ احترازًا[٣] عن تطويل العدة، والأظهر[٤] أن يطلقها كما طهرت؛ لأنه لو أخّر[٥] ربما يجامعها، و[٦] من قصده التطليقُ، فيبتلى بالإيقاع[٧] عقيب الوقاع[٨].

وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة[٩] أو ثلاثًا فى طهر واحد، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيًا. وقال الشافعي: كل طلاق مباحٌ؛ لأنه تصرف مشروع[١٠]، حتى يستفاد[١١] به الحكم، والمشروعيةُ لا تجامع الحظر[١٢]، بخلاف الطلاق[١٣] فى حالة الحيض[١٤]؛ لأن المحرم

فوقت الرغبة عنها، فالطلاق حينئذٍ لتنفر الطبع عنها لانعدام حصول مصالح النكاح. (عبد)

(١) الحاجة.

(٢)وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة. (ع)

(٣)قوله: "احترازا عن تطويل" فإنه لو جامعها لكان يتأخر عدتها؛ لأن هذا الطهر ينضم إلى أيام العدة، وهى أيام الحيض. (عبد)

(٤)إنما قال: والأظهر لأن محمدا قال فى "الأصل": فإذا أراد أن يطلقها ثلاثا، طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض. (بناية)

(٥) قوله: " لأنه لو أخر إلخ" فإن قلت: ضرر تطويل العدة بالتعجيل محقق، والابتلاء بالوقاع موهوم، والاحتراز عن الضرر المحقق أولى من الاحتراز من الموهوم، أجيب بأن ضررها دنيوى، وضرره دينى، والموهوم من الضرر الدينى أشد من المحرم الدنيوى. (د)

(٦) الواو للحال.

(٧) فيقع طلاقه طلاقًا بدعيًا. (عبد)

(٨) بكسر الواو الجماع. (غث)

(٩) قوله: "بكلمة واحدة" فى الطهر أو الحيض،وكذا اثنين، وكذا واحدًا فى الحيض وواحدًا فى الطهر جامعًا فيه. (عبد)

(١٠) قوله: "تصرف مشروع" المشروع عنده المأخوذ من الشارع، واستدل عليه بترتب أثر شرعى عليه، فإن كل ما يترتب عليه أثر شرعى فهو مشروع، وههنا ترتب أمر شرعى، وهو وقوع الطلاق. (عبد)

(١١) قوله: "يستفاد" بضم الدال؛ لأنه حال أى يستفاد من الطلاق الحكم. (ب)

(١٢) المنع.

تطويل العدة عليها[١]، لا الطلاق.

ولنا أن الأصل فى الطلاق هو الحظر[٢]؛ لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية[٣] والدنيوية[٤]، والإباحةُ للحاجة إلى الخلاص، ولا حاجةَ إلى الجمع بين الثلاث، وهى فى المفرّق على الأطهار ثابتةٌ نظرا إلى دليلها، والحاجةُ فى نفسها باقيةٌ[٥]، فأمكن تصوير الدليل عليها[٦]، والمشروعية[٧] فى ذاته من حيث إنه إزالة الرق لا تنافى الحظر

(١٣) قوله: "بخلاف الطلاق إلخ" جواب سؤال، وهو أن الطلاق حالة الحيض غير مشروع مع أنه ترتب عليه حكم شرعي. وجوابه أن الطلاق مشروع، والمحرم فعل لازم له وهو تطويل العدة، وفيه أن القول بوجود فعل وراء التطليق غير ظاهر. (عبد)

(١٤) قوله: "فى حالة الحيض" وبخلاف ما لو طلقها فى طهر جامعها فيه؛ لأنه يؤدى إلى تلبيس أمر العدة عليها؛ لأنه لا يدرى أنها حامل فتعتد بوضع الحمل، أو حائل فتعتد بالأقراء. كذا فى "الكافى". (د)

(١) فإن العدة عنده بالأطهار، وبالحيض عندنا، لكن لا يحتسب هذا الحيض.

(٢) قوله: "هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية" من تحصين الفرج عن الزنا المحرم فى جميع الأديان، والدنيوية من المسكن، والازدواج، واكتساب الولدان، وكل ما هو كذلك ينبغى أن لا يجوز وقوعه فى الشرع إلا أنه أبيح للحاجة إلا الخلاص لما تقدم، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث.
فإن قيل: وكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث، فكذلك لا حاجة إلى المفرق على الأطهار.
أجاب بقوله: وهى أى الحاجة فى المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها، وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم، والحكم يدار على دليل الحاجة؛ لكونها أمرا مبطنًا.
فإن قيل: دليل الحاجة إنما تقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها، وههنا لا يتصور؛ لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة النكاح فى الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصور.
أجاب بقوله: والحاجة فى نفسها باقية يعني لاحتمال أن تكون سيئة الأخلاق هذية اللسان، فيحتاج الزوج إلى إمكان التدارك مع صونه عن عروض الندم.
قال فخر الإسلام: وعلى هذا يجب أن يباح الثلاث جملة، لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر، وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، فإنه يدل على أنه مفرق، ويجوز أن يراد قوله عليه السلام لابن عمر رضى الله عنه: «من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا» الحديث. (عناية)

(٣) من تحصين الفرج عن الزنا. (ب)

(٤) من المسكن والازدواج. (ب)

(٥) قوله: "باقية" أى ممكنة البقاء، وإنما قال ذلك إذ مجرد الدليل والعلة لا يستلزم ثبوت المدلول ما لم يكن المدلول ممكن الوقوع. (عبد)

(٦) أى على الحاجة الباقية. (د)

لمعنى في غيره، وهو ما ذكرناه[١]، وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعةٌ؛ لما قلنا[٢]. واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال[٣] في "الأصل[٤]": إنه أخطأ السنة[٥]؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص، وهي البينونة، وفي رواية "الزيادات"[٦]: أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً[٧]. والسنة في الطلاق من وجهين: سنةٌ في الوقت، وسنة في العدد، فالسنة في العدد يَستوي فيها المدخول بها، وغير المدخُول بها، وقد ذكرناها[٨]. والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة، وهو[٩] أن يطلقها في طهرٍ[١٠] لم يجامعها فيه؛ لأن المراعى دليل الحاجة، وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدّد الرغبة[١١]، وهو الطهر الخالي عن الجماع[١٢]، أما زمانُ الحيض فزمان النفرة، وبالجماع مرةً في

---

(٧) جواب عن قوله: والمشروعية لا يجامع الحظر. (عناية)

(١) من فوات مصالح الدين والدنيا. (ب)

(٢) من أنه لا حاجة إلى الجمع. (ب)

(٣) محمد. (ب)

(٤) المبسوط. (ب)

(٥) قوله: "إنه أخطأ السنة" أي تجاوز السنة، وحفظ لسانه أن يقول: بدعة مع أنه بدعة. (عبد)

(٦) قوله: "رواية الزيادات" قال الإنزاري: ينبغي أن يقول في "زيادات الزيادات"؛ لأن محمداً ذكر هذه المسألة فيها؛ لا في "الزيادات"، فيحتمل أنه وقع سهواً من الكاتب، أو يحتمل أنه إنما قال: كذلك؛ لأن "زيادات الزيادات" من تتمة "الزيادات". (ب)

(٧) أي في الحال. (ب)

(٨) أي لا تطلق في طهر واحد إلا واحد. (عبد)

(٩) أي السنة في حق المدخول بها. (عبد)

(١٠) قوله: "في طهر إلخ" لا بد من قيود أخر بأن يقال: يطلقها في طهر لم يجامعها فيه، ولم يطلقها فيه، ولا في الحيض التي تليه. (إله داد)

(١١) قوله: "في زمان تجدد الرغبة" المراد من تجدد الرغبة معنى يشتمل نفس الرغبة وتجددها. (عبد)

(١٢) قوله: "عن الجماع" وعن الطلاق لانتفاء الحاجة بالطلاق الأول، فلا يتجدد الحاجة إلى الثاني إلا

الطهر[١] تفتر[٢] الرغبة[٣]. وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض، خلافًا لزفر، وهو يقيسها[٤] على المدخول بها. ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقةٌ لا تقلّ بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها، وفي المدخول بها تتجدد[٥] بالطهر. قال[٦]: وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغرٍ، أو كبرٍ، فأراد أن يطلقها ثلاثًا للسنة[٧] طلقها واحدة، فإذا مضى شهرٌ طلقها أخرى؛ لأن الشهر في حقّهما[٨] قائمٌ مقام الحيض، قال الله تعالى[٩]: ﴿واللائي يئسن من المحيض﴾ إلى أن قال: ﴿واللائي لم يحضن﴾. والإقامة في الحيض[١٠] خاصة حتى يقدّر الاستبراء في حقّهما[١١] بالشهر، وهو بالحيض لا بالطهر، ثم إن كان الطلاق في أوّل

بتجدد الزمان، ولم يوجد. (إله داد)

(١) أو في الحيض التي قبله.

(٢) سُست مى شود.

(٣) قوله: "تفتر الرغبة" [في هذا الطهر] فالظاهر أن طلاقه لأجل عدم الرغبة لا للحاجة. (عبد)

(٤) أي غير المدخول بها.

(٥) الرغبة.

(٦) أي القدوري فإن المسألة من مسائل مختصره.

(٧) أي وقت السنة.

(٨) قوله: "لأن الشهر في حقهما [أي الصغيرة والكبيرة] قائم إلخ" يعني أنا اعتبرنا الشهر لاعتبار أن بعض أجزاءه حيض، لا أن الكل حيض لعدم الاحتياج إلى ذلك الاعتبار، بل هو محل من وجه؛ إذ لو جعل الكل حيضا لزم أن يكون الطلاق فيه بدعة، وليس كذلك. (عبد)

(٩) قوله: قال الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ يعني إن أشكل عليكم حال اعتدادها بين الطائفتين، فحكمهن هذا، وقوله: ﴿واللائي لم يحضن﴾ مبتدأة خبره محذوف أي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر. (ع)

(١٠) قوله: "والإقامة إلخ" جواب سؤال، حاصل السؤال أن اعتبار ثلاثة أشهر باعتبار أنها أطهار، كما ذهب إليه الشافعي، لا باعتبار أنها حيض، فلا يثبت المدعى اعتبار الأشهر أحياضًا، وحاصل الجواب أن الشهر معتبر في الاستبراء، واعتبار الشهر في الاستبراء ليس إلا باعتبار أنه حيض فيكون الشهر معتبراً من حيث إنه حيض. (عبد)

(١١) أي الصغيرة والآئسة.

الشهر يُعتبر الشهور بالأهلّة، وإن كان في وسطه، فبالأيام[١] في حقّ التفريق، وفي حق العدة كذلك[٢] عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول[٣] بالأخير، والمتوسطان بالأهلة، وهي مسألة[٤] الإجارات.

قال: ويجوز[٥] أن يطلقها[٦]، ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان، وقال زفر: يفصل بينهما بشهر؛ لقيامه مقام الحيض[٧]، ولأن بالجماع تفتر الرغبة، وإنما تتجدد بزمان[٨]، وهو الشهر. ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيهما[٩]، والكراهية[١٠] في ذوات الحيض باعتباره[١١]؛ لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة[١٢]، والرغبة[١٣] وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر[١٤] لكن تكثر من وجهٍ آخر؛ لأنه يرغَب في وطيءٍ غير مُعْلِق؛ فرارا عن

(١) قوله: "فبالأيام [ثلاثون يومًا]" وفاقا بين الثلاثة، وإنما النزاع في العدة. (عبد)

(٢) أي إن كان ابتداءها من الوسط فبالأيام.

(٣) أي في العدة.

(٤) قوله: "وهي مسألة" قال صاحب "الهداية" في كتاب الإجارات: ثم إن كان العقد حين يهل الهلال، فشهور السنة كلها بالأهلة، وإن كان في أثناء الشهر، فالكل بالأيام عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف، وعند محمد، وهو رواية عن أبي يوسف، الأول بالأيام والباقي بالأهلة.

(٥) المسألة من "مختصر القدوري".

(٦) قوله: "أن يطلقها" أي امرأة لا تحيض من صغر، أو كبر. (عبد)

(٧) قوله: "لقيامه إلخ" يعني أنه لا بد لنا من الفصل بين الوطئ والطلاق بالحيض، والقائم مقام الحيض الشهر. (عبد الغفور)

(٨) على ما عليه الجبلة السليمة.

(٩) أي في الآئسة والصغيرة.

(١٠) أي في الطلاق بعد الجماع.

(١١) أي باعتبار توهم الحبل.

(١٢) قوله: "يشتبه وجه العدة" [بوضع الحمل، أو بغيره] وفيه إضرار لها؛ لأن في انكشاف وجه العدة منفعة باعتبار تسكين الخاطر، وانقطاع التردد، ولأنه لو انكشف الأمر لها تتهيأ لتتزوج زوج آخر على حسب ما تعلم من انقضاء العدة، فلو اشتبه الأمر لانقطع عنها هذه الفوائد، وكفى به ضررا. (إله داد)

(١٣) جواب لقول زفر.

(١٤) زفر.

مُؤَن(١) الولد، فكان الزمان زمان الرغبة، فصار كزمان الحبل(٢).

وطلاقُ الحامل(٣) يجوز عقيب الجماع؛ لأنه لا يؤدى إلى اشتباه وجه العدة، وزَمان الحبل زمانُ الرغبة فى الوطئ؛ لكونه غير معلق(٤)، أو فيها(٥) لمكان ولده منها، فلا يقل الرغبة بالجماع، ويطلقها للسنة ثلاثًا(٦) يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: لا يطلقها للسنة إلا واحدة؛ لأن الأصل فى الطلاق الحظر، وقد ورد الشرع بالتفريق(٧) على فصول العدة(٨)، والشهرُ فى حقّ الحامل ليس(٩) من فصولها(١٠)، فصار كالممتدة طهرها. ولهما أن الإباحة(١١) لعلة الحاجة(١٢)، والشهرُ دليلها، كما فى حق الآئسة والصغيرة، وهذا(١٣) لأنه

---

(١) بضم الميم وفتح الهمزة جمع المؤنة. (ب)

(٢) قوله: "فصار كزمان الحبل" فإن طلاق الحامل جائز عقيب الجماع؛ لأنه لا يؤدى إلى تلبيس وجه العدة، ولأنه زمان الرغبة؛ لأنه غير معلق. (إله داد)

(٣) المسألة من القدورى.

(٤) قوله: "لكونه غير معلق" أى لكون وطئه غير معلق لحصول الحبل. (عبد)

(٥) قوله: "أو فيها" عطف على فى الوطئ أى الرغبة فى المرأة؛ لأنها صارت أم ولده، وبهذا يزداد المحبة، وزيادة المحبة تفضى إلى الوطئ. (عبد)

(٦) هذا أيضًا من مسائل "مختصر القدورى".

(٧) قوله: "وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة" يعنى قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾، قال ابن عباس: أى لإظهار عدتهن، ففى ذوات الأقراء فرق على الأطهار و فى الآئسة والصغيرة على الأشهر؛ لأنها فى حقهن كالقرء فى حق ذوات الحيض، والشهر فى حق الحامل ليس من فصول العدة؛ لأن مدة الحمل وإن طالت، فهو طهر واحد حقيقةً وحكمًا. ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق به، فصار كالممتدة طهرها، وإن امتد شهورا فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه. (عناية)

(٨) قوله: "على فصول العدة" العدة شمردن، والمراد من الفصول ما يعد به المدة أعنى الشهر. (عبد)

(٩) فإن عدة الحامل ليس بالحيض، ولا بالأشهر، بل بوضع الحمل.

(١٠) العدة.

(١١) قوله: "الإباحة" أى إباحة الطلاق.

(١٢) والأصل والحظر.

زمان تجدد الرغبة[١] على ما عليه الجبلة السليمة، فصلح عَلَمًا ودليلا[٢]، بخلاف الممتدة[٣] طهرها؛ لأن العَلَم في حقّها إنما هو الطهر، وهو مرجو فيها في كل زمانٍ، ولا يرجى مع الحبل.

وإذا طلق الرجل امرأته[٤] في حالة الحيض وقع الطلاق[٥]؛ لأن النهي عنه[٦] لمعنًى في غيره، وهو ما ذكرنا[٧]، فلا ينعدم مشروعيتُه.

ويستحب له أن يراجعها[٨]؛ لقوله عليه السّلام لعُمر[٩]: «مُرْ ابنك[١٠] فليراجعها»*، وقد[١١] طلّقها[١٢] في حالة الحيض، وهذا يفيد

---

(١٣) أي كون الشهر دليلا.

(١) قوله: "لأنه زمان تجدد الرغبة" فيه بحث؛ لأن تجدد الرغبة في حق الحامل موقوف على مضي الشهر أو لا، فعلى الأول ينبغي أن لا يطلقها في الشهر المتصل بالوطئ، وعلى الثاني فلا يكون تجدد الرغبة موقوفًا على مضي الشهر. (عبد)

(٢) قوله: "فصلح علما ودليلا [على الحاجة]" والحكم يدار على دليلها، فإذا وجد ما أبيح لأجله الطلاق، فيكون مباحًا. (ع)

(٣) قوله: "بخلاف الممتدة إلخ" جواب عن قياس قول محمد بالفرق بأن هناك لا يصلح الشهر أن يكون علما؛ لأن العلم على الحاجة في حقها الطهر أي تجدده، وهو مرجو فيها في كل زمان؛ لأنه يمكن أن تحيض، فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل؛ لأن الحامل لا تحيض. (ع)

(٤) هذا أيضًا من "مختصر القدوري".

(٥) ويأثم إجماعًا. (ب)

(٦) قوله: "لأن النهي إلخ" نقل صاحب "النهاية" عن شيخه أن المراد النهي المذكور في قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «مر ابنك فليراجعها»، فإنه لما كان مأمورًا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لأجل الحيض، كان نهيًا عن إيقاعه في حالة الحيض. (عناية)

(٧) قوله: "وهو ما ذكرنا" يعني من قوله: لأن المحرم تطويل العدة؛ لأن الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها، فتطول العدة عليها. (عناية)

(٨) هذا لفظ القدوري، ولفظ محمد: ينبغي. (ب)

(٩) أخرجه الأئمة الستة. (تخريج الزيلعي)

(١٠) عبد الله.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢١، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٥ ص٦٩. (نعيم)

الوقوع(١)، والحثّ على الرجعة، ثم الاستحباب قول بعض المشايخ(٢)، والأصح أنه(٣) واجب عملا بحقيقة الأمر(٤)، ورفعًا للمعصية(٥) بالقدر الممكن برفع أثره(٦)، وهي العدة، ودفعًا لضرر تطويل العدة(٧). قال(٨): فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت، فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها، قال(٩): وهكذا ذكر في "الأصل"(١٠)، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى، قال أبو الحسن الكرخي: ما ذكر الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر في "الأصل" قولهما.

ووجه المذكور في "الأصل" أن السنة أن يَفصل بين كل طلاقين بحيضةٍ(١١)، والفاصل ههنا بعض الحيضة(١٢)، فتكمل(١٣) بالثانية

(١١) الواو حالية.

(١٢) عبد الله، وكان طلقها واحدة.

(١) أي وقوع الطلاق في الحيض.

(٢) قوله: "قول بعض المشايخ [وبه قال الشافعي وأحمد. ب]" ووجه أن أدنى الأمر الاستحباب، فيصرف إليه بقرينة أن الرجعة حق له، ولا وجوب على الإنسان فيما هو حقه. (عناية)

(٣) قوله: "والأصح أنه" أي المراجعة أو الرجعة، وذكر الضمير بتأويل المذكور. (ب)

(٤) يعني فليراجعها. (عبد)

(٥) قوله: "ورفعًا للمعصية [الطلاق في الحيض]" يعني أن ذلك الطلاق لما كانت معصية كان ينبغي أن يرفع نفسه، ولما لم يصح رفعه كان المناسب أن يرفع أثره أي العدة، وذلك لأن بقاء أثر الشيء بقاء لذلك الشيء في الجملة. (عبد)

(٦) أي الطلاق.

(٧) فإن هذه الحيضة لا تحتسب.

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) أي المصنف. (ب)

(١٠) قوله: "ذكر [أي محمد. ب] في "الأصل [أي المبسوط. ب]" لأنه ذكر فيه: فإذا طهرت من حيضة أخرى طلقها واحدة قبل الجماع، وهذا يدل على أن الطهر الذي يقع فيه الطلاق هو الطهر الذي بعد حيضة أخرى، لا الطهر بعد حيضة أوقع فيها الطلاق. (بناية)

(١٣) كاملة.

ولا تتجزأ، فتتكامل، وإذا تكاملت الحيضة الثانية، فالطهر الذى يليه زمان السنة، فأمكن تطليقها على وجه السنة. وجه القول الآخر[1]: أن أثر الطلاق[2] قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلقها فى الحيض، فيُسن تطليقها فى الطهر الذى يليه. ومن قال لامرأته -وهى من ذوات الحيض، وقد دخل بها[3]-: أنت طالق ثلاثًا للسنة، ولا نية له، فهى طالق عند كل طهر تطليقة؛ لأن اللام فيه للوقت[4]، ووقتُ السنة طهر لا جماع فيه. وإن نوى أن تقع الثلاثُ الساعةَ، أو عند رأس كل شهر واحدةٌ، فهو على ما نوى[5]، سواء كانت[6] فى حالة الحيض أو فى حالة الطهر. وقال زفر: لا تصح نية الجمع؛ لأنه بدعة، وهى ضد السنة[7].

ولنا أنه محتَمَل لفظه[8]؛ لأنه سنىّ وقوعًا من حيث إن وقوعه بالسنة[9]، لا إيقاعًا، فلم يتناوله مطلقُ كلامه[10]، وينتظمه عند نيته.

---

(١٢) لأن الطلاق وقع فى الحيضة.

(١٣) الحيضة.

(١) أى ما ذكره الطحاوى. (ب)

(٢) الواقع فى الحيض.

(٣) قوله: "وقد دخل بها" لأنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا للسنة يقع فى الحال واحدة، سواء كانت حائضةً أو طاهرةً، ويتعلق الثانى بالتزويج ثانيًا، والثالثة بالتزويج ثالثًا؛ لأن الطلاق السنى المرتب فى حق غير المدخول بها لا يتصور إلا على هذا الوجه. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "للوقت [فكأنه قال: وقت السنة. ب]" وذلك لأن المتبادر من السنة الطلاق الذى فى مقابلة البدعة، وإذا تبادر منه ذلك يتبادر لام الوقت، ولأن حمل اللام على الأجل تكلف بحسب المعنى. (عبد)

(٥) من وقوع المجموع ساعة، ومن وقوع الثلاث متفرقة. (عبد)

(٦) أى عند رأس كل شهر.

(٧) فكيف يراد بلفظ السنة؟

(٨) قوله: "محتمل لفظه" يعنى احتمالا مرجوحًا، ولما ثبت أنه احتمال مرجوح، ولم يكن معه نية حمل على ما هو المتبادر، وأما إذا نوى معه رجح جانب النية؛ لئلا يلغو نيته. (عبد)

(٩) قوله: "بالسنة" أى بالحديث أو أنه طلاق ثابت عند أهل السنة، فيكون اللام حينئذٍ للأجل أى إنما

وإن كانت آئسة[(١)]، أو من ذوات الأشهر[(٢)] وقعت الساعة واحدة، وبعد شهرٍ أخرى، وبعد شهرٍ أخرى؛ لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حقّ ذوات الأقراء على ما بينا[(٣)].

وإن نوى أن يقع الثلاثُ الساعةَ وقعن عندنا لما قلنا[(٤)]، بخلاف ما إذا قال[(٥)]: أنتِ طالق للسنة، ولم ينصّ على الثلاث، حيث لا تصح نية الجمع فيه؛ لأن نية الثلاث إنما صحت فيه[(٦)] من حيث إن اللام فيه للوقت، فيفيد تعميم الوقت[(٧)]، ومن ضرورته تعميمُ الواقع فيه[(٨)]، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت، فلا تصح نية الثلاث.

فصل[(٩)]

ويقع طلاق كل زوج[(١٠)] إذا كان عاقلا[(١١)] بالغًا، ولا يقع طلاق الصبي

طلقها؛ لأنه يقع عند أهل السنة، أو بالحديث خلافا للروافض، فإنهم يقولون: لا يقع الثلاث دفعة. (عبد)

(١٠) أي لم يؤخذ عند الإطلاق.

(١) وقد قال لها: أنت طالق ثلاثًا.

(٢) قوله: "أو من ذوات الأشهر [يعني صغيرة مدخولا بها. ب]" عطف العام على الخاص وإن كان يجوز بحرف الواو، فهو ممتنع بحرف أو، لا يقال: جاءني زيد أو رجل إلا أن يجعل بمعنى الواو. (د)

(٣) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى ما ذكر قبل ورقة بقوله: لأن الشهر في حقهما قائم مقام الحيض.(ب)

(٤) من أنه محتمل لفظه إلخ.

(٥) متعلق بمجموع ما سبق. (عبد)

(٦) أي فيما إذا قال: أنت طالق للسنة.

(٧) أي كل وقت السنة.

(٨) قوله: "ومن ضرورته تعميم الواقع فيه [أي في الوقت]" لأنه جعل الوقت ظرفًا للواقع، وقد تكرر الظرف فتكرر المظروف، وإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت، فبطل تعميم الواقع فيه؛ لأن بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضي، فلا يصح نية الثلاث، بخلاف ما إذا ذكر ثلاثًا؛ لأن الثلاث مذكور صريحًا، فيصح نيته. (عناية)

(٩) قوله: "فصل" لما ذكر طلاق السنة، لما أن الأصل في شرعية الطلاق طلاق السنة، وذكر أيضًا ما يقابله من طلاق البدعة تحقيقًا للمقابلة، لا أصالة شرع في بيان أنواع الطلاق التي تقع، أو لا تقع، وما يملك به كمال العدد وما لا يملك. (نهاية)

(١٠) هذا من القدوري.

والمجنون والنائم؛ لقوله عليه السّلام: «كل طلاق[١] جائز[٢] إلا طلاق الصبى والمجنون»*، ولأن الأهلية بالعقل المميّز، وهما عديم العقل، والنائم عدم الاختيار. وطلاق المكره واقع خلافًا للشافعى هو يقول: إن الإكراه لا يجامع الاختيار، وبه يعتبر التصرف الشرعى، بخلاف الهازل[٣]؛ لأنه مختار فى التكلم بالطلاق. ولنا أنه[٤] قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته في حال أهليته[٥]، فلا يعرى عن قضيّته[٦] دفعًا لحاجته[٧] اعتبارًا بالطائع، وهذا لأنه عرفَ الشرّين[٨]، واختار أهونَهُما، وهذا[٩] آية القصد[١٠] وا لاختيار، إلا أنه غير راضٍ بحكمه، وذلك[١١]

(١١) قوله: "إذا كان عاقلا" المراد بالعاقل من يترتب على عقله الأثر، وله قوة التمييز، فيخرج النائم. (ملاعبد الغفور)

(١) قوله: "كل طلاق إلخ" قلت: حديث غريب، وأعاده المصنف فى الحجر بلفظ المعتوه عوض المجنون، وأخرج الترمذى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» انتهى. وقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث، انتهى، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن ابن عباس قال: لا يجوز طلاق الصبى، انتهى. (تخريج الزيلعى)

(٢) قوله: "جائز" أى نافذ، وإنما فسرنا به؛ لأن الإباحة ثابتة. (عبد الغفور)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢١، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٦ ص٦٩. (نعيم)

(٣) فإنه يقع طلاقه.

(٤) أى أن المكره.

(٥) فإنه بالغ عاقل.

(٦) عن قضية الإيقاع أى عن حكمه ومقتضاه.

(٧) قوله: دفعًا لحاجته" وهى التخلص عن القتل، أو تلف العضو. (عبد الغفور)

(٨) أى وقوع ما أكره به، ووقوع الطلاق.

(٩) أى معرفة الشرين، واختيار الأهون.

(١٠) وفيه جواب ما قال الشافعى.

(١١) أى عدم الرضاء بحكم الإيقاع.

غير مخل به(١) كالهازل.

وطلاق السكران(٢) واقع، واختيارُ الكرخي والطحاوى أنه لا يقع، وهو أحد قولى الشافعي؛ لأن صحةَ القصد بالعقل، وهو زائل العقلِ، فصار كزواله(٣) بالبنج(٤) والدواء(٥).

ولنا أنه زال بسببٍ هو معصية، فجُعل باقيًا حكمًا زجرًا له، حتى لو شرب فصُدِّع(٦)، وزال عقله بالصُّداع، نقول: إنه لا يقع طلاقه(٧).

وطلاق الأخرس(٨) واقع بالإشارة؛ لأنها(٩) صارت معهودةً، فأقيمت مقام العبارة دفعًا للحاجة، وستأتيك وجوهُه فى آخر الكتاب إن شاء الله تعالى.

وطلاق الأمة ثنتان، حرًا كان زوجها أو عبدًا، وطلاق الحرة ثلاث، حرًا كان زوجها أو عبدًا، وقال الشافعي رح: عدد الطلاق معتبر

---

(١) أى بالوقوع.

(٢) قوله: وطلاق السكران [وكذا إعتاقه وخلعه. ب] المراد من السكران فى هذا المقام من له نهاية السكر، وهى أن لا يعرف الأرض من السماء. (عبد الغفور)

(٣) قوله: "فصار كزواله [العقل] بالبنج" هذا مبنى على ما ذهب إليه المتقدمون من أن أكله ليس معصية، ولكن المتأخرين ذهبوا إلى حرمته، حتى لو سكر به عزر. (حاشية عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "بالبنج" بنج بالفتح معرب بنگ كه بمعنى درخت خراسانى اجوائن است، واگرچه قياس ميخواهد كه بنج معرب بنگ كه بهندى بهنگ ميگويند باشد مگر چنين نيست در استعمال اطباء بنج اجوائن خراسانى است، واين بنگ را كه بعض مردم بآب سائيده مى نوشند اطباء وفقهاء قنب ميگويند نه بنج، از رساله معربات صاحب رشيدى. (غياث)

(٥) كالأفيون. (نهاية)

(٦) تصديع درد سر دادن. (غياث)

(٧) قوله: "إنه لا يقع طلاقه" لأن الصداع ليس من لوازمه. (عبد)

(٨) گنگ مادر زاد. (عبد)

(٩) الإشارة.

بالرجال[١]؛ لقوله عليه السلام: «الطلاق[٢] بالرجال[٣] والعدة[٤] بالنساء»*، ولأن صفة المالكية كرامةٌ، والآدمية مستدعيةٌ لها، ومعنى الآدمية فى الحرّ أكمل، فكانت مالكيته أبلغَ وأكثر. ولنا قوله عليه السّلام[٥]: «طلاق الأمة ثنتان[٦] وعدتها حيضتان»**، ولأن حلّ المحلية نعمة فى حقّها، وللرقّ أثر فى تنصيف النعم، إلا أن العقدة[٧] لا تتجزأ، فتكامل عقَدتان، وتأويل ما روى[٨] أن الإيقاع بالرجال[٩]. وإذا تزوّج العبد امرأةً بإذن مولاه، وطلقها وقع طلاقه، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته؛ لأن ملك النكاح حقُّ العبد، فيكون الإسقاط إليه دون المولى.

---

(١) فطلاق الحر ثلاث، وطلاق العبد اثنان.

(٢) قوله: "الطلاق بالرجال" قلت: غريب مرفوعًا، ورواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" موقوفًا على ابن عباس، ورواه الطبرانى فى "معجمه" موقوفًا على ابن مسعود. (ت)

(٣) قوله: "بالرجال" ولا يخفى أن المتبادر منه أنه صلة للاعتبار، فيكون حاصله أن مراتب الطلاق تتفاوت باعتبار تفاوت الرجال، ولم يرد منه إيقاع الطلاق، وإلا لكان للرجال بدل بالرجال، كما لا يخفى على المندوب فى التراكيب. (عبد)

(٤) فعدة الحرة ثلاث حيض، والأمة حيضتان.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٧ ص٧٠. (نعيم)

(٥) قوله: "قوله عليه السلام: «طلاق الأمة» إلخ" أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «طلاق الأمة تطليقتان وقرءها حيضتان»، انتهى. (ت)

(٦) قوله: "طلاق الأمة ثنتان" حلاه باللام، فيتناول الجنس، فيكون طلاق الأمة التى تحت الحر ثنتين، وفيه وقع النزاع. (د)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٨ ص٧٠. (نعيم)

(٧) قوله: "إلا أن العقدة إلخ" المراد بالعقدة الطلقة إطلاقًا لاسم السبب على المسبب، يعنى أن الطلاق تصرف يبتنى على الحل، وحلها على النصف من حل الحرة، فيتقدر بقدر الحل، غير أن الطلاق لا يتجزأ، فيتكامل طلقتين ضرورةً. (إله داد)

(٨) قوله: "وتأويل ما روى إلخ" إن قيل: يشكل حديثنا على الشافعى، قلنا: هذا الكلام جرى مجرى العادة؛ إذ نكاح الحر للأمة لا يكون مع طول الحرة عِنده، وهذا نادر الوقوع. (عبد)

(٩) قوله: "أن الإيقاع بالرجال" أى هو محتمل لجواز أن يراد إيقاع الطلاق، أو اعتبار الطلاق، والمراد الأول بقرينة ما روينا. (إله داد)

باب إيقاع الطلاق[١]

الطلاق[٢] على ضربين: صريح، وكناية، فالصريح قوله: أنتِ طالق، ومطلقة، وطلقتكِ، فهذا يقع به الطلاق الرجعى؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الطلاق، ولا تستعمل[٣] فى غيره، فكان صريحًا، وأنه يعقب الرجعة[٤] بالنص[٥]، ولا يفتقر إلى النية[٦]؛ لأنه صريح فيه؛ لغلبة الاستعمال. وكذا[٧] إذا نوى الإبانة؛ لأنه قصد[٨] تنجيز ما علّقه[٩] الشرع بانقضاء العدة، فيرد[١٠] عليه، ولو نوى الطلاق عن وَثاق[١١] لم يُديّن[١٢] فى القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويُديّن فيما بينه وبين الله

(١) قوله: "باب إيقاع الطلاق" لما ذكر أصل الطلاق ووصفه شرع فى بيان تنويعه. (نهاية)

(٢) قوله: "الطلاق" [هذه من مسائل مختصر القدورى] أى ألفاظ يوقع بها الطلاق بالمعنى المتبادر، أو بمعنى التطليق، وإنما أوّلنا العبارة؛ لأن التصريح والكناية قسمان للفظ. (عبد)

(٣) فى العرف. (عبد)

(٤) قوله: "وأنه يعقب الرجعة" أى يصححها، ولهذا لم يقل: يوجبها، واعلم أن للصريح حكمين: أحدهما: أنه لا يحتاج إلى النية، وثانيهما: أنه طلاق يصح به الرجعة من غير تجدد النكاح. (عبد)

(٥) قوله: "بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ سماه بعلا بعد الطلاق، وهو الزوج، فإن قيل: لفظ الرد مشعر بزوال الملك. قلنا: جعلنا الرد مجازا بقرينة قوله: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ إذا لإمساك لا يتصور إلا ببقاء الملك. (إله داد)

(٦) هذا بالإجماع. (ب)

(٧) أى يقع الرجعى.

(٨) قوله: "لأنه إلخ" يعنى أن الشارع اعتبر فى الطلاق أن يحصل البينونة بمضى العدة حيث قال: ﴿أو تسريح بإحسان﴾، وهو اعتبر البينونة فى الحال. (عبد)

(٩) أى البينونة.

(١٠) قصده.

(١١) قوله: "عن وثاق [بند]" بفتح الواو، وهو القيد، والكسر فيه لغة، لم يدين فى القضاء أى لم يصدق، وحقيقته دينت الرجل تدينيا وكلته إلى دينه، فاستعمل فى التصديق مجازا. (عناية)
قوله: "عن وثاق" بفتح الواو وكسرها لغتان، والفتح أفصح، يعنى لو نوى الطلاق عن قيد لم يصدق قضاءً. (بناية)

(١٢) فى "المغرب": قولهم: يدين أى يصدق. (ب)

تعالى، لأنه يحتمله[١]، ولو نوى به[٢] الطلاقَ عن العمل لم يدين في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الطلاق لرفع القيد[٣]، وهو غير مقيد بالعمل، وعن أبي حنيفة[٤] أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يستعمل للتخليص. ولو قال: أنتِ مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقًا إلا بالنية؛ لأنها غير مستعملة فيه عرفًا، فلم يكن صريحًا.

قال[٥]: ولا يقع به إلا واحدة[٦] وإن نوى أكثر من ذلك، وقال الشافعي: يقع ما نوى؛ لأنه محتَمل لفظه، فإن ذكر الطالِق ذكرٌ للطلاق لغة[٧]، كذكر العالم ذكرٌ للعلم، ولهذا يصح قران[٨] العدد به، فيكون[٩] نصبًا على التفسير. ولنا أنه[١٠] نعت فرد[١١] حتى قيل للمثنى: طالقان، وللثلاث: طوالق، فلا يحتمل العدد[١٢]؛ لأنه ضدّه[١٣]، وذكرُ الطالق ذكرٌ

(١) قوله: "لأنه يحتمله" بخلاف ما إذا لم يحتمله العبارة، كما إذا قال مثلا: أنت طالق، وأراد أنت آكلة لم يعتبر نيته، فصار نيته كلا نيته. (عبد)

(٢) أي بقوله: أنت طالق.

(٣) قوله: "لأن الطلاق إلخ" تقريره أن الطلاق لرفع القيد النكاحي، والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل، فالطلاق ليس لرفع القيد بالعمل، وهذا ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الطلاق يستعمل للتخليص، فكان معناه أنت مخلصة عن العمل. (عبد)

(٤) هذه رواية رواها الحسن. (ب)

(٥) أي القدوري. (ب)

(٦) قوله: "ولا يقع إلخ" من كلام القدوري متصل بقوله: وهذا يقع به الطلاق الرجعي، أي لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة إلا واحدة. (عناية)

(٧) وفي أنت طالق الطلاق إن نوى ثلاثًا فثلاث.

(٨) بأن يقال: أنت طالق ثلاثًا.

(٩) ثلاثًا.

(١٠) طالق.

(١١) لأنه صفة المرأة الواحدة. (إله داد)

(١٢) قوله: "فلا يحتمل العدد [المثنى والثلاث]" لا يصلح دليلا على نفي إرادة الثلاث بقوله: أنت طالق

لطلاق[١] هو صفةٌ للمرأة، لا لطلاقٍ[٢] هو تطليق، والعددُ[٣] الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك: أعطيتُه جزيلا أي إعطاءً جزيلاً. ولو قال: أنتِ الطلاقَ، أو أنت طالق الطلاق، أو أنتِ طالق طلاقًا، فإن لم تكن له نية، أو نوى واحدةً، أو ثنتين، فهي واحدة رجعية، وإن نوى ثلاثًا فثلاث، ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر؛ لأنه لو ذكر النعت[٤] وحده يقع به الطلاق، فإذا ذكره وذكر المصدر معه -وأنه[٥] يزيده وكادة[٦]- أولى. وأما وقوعه باللفظة الأولى، فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم، يقال: رجل عدل أي عادل، فصار بمنزلة قوله[٧]: أنتِ طالق، وعلى هذا لو قال[٨]: أنتِ طلاقٌ يقع[٩] الطلاق به أيضًا،

لما سيأتيك أن الثلاث في حق الحرة، والثنتين في حق الأمة كل الجنس، وكل الجنس فرد لا عدد، حتى صحت نية الثلاث، من طلقي نفسك. (إله داد)

(١٣) والشيء لا يحتمل ضده.

(١) جواب عن دليل الشافعي.

(٢) قوله: "لا لطلاق إلخ" والمحتمل للتعدد وإنما هو الطلاق الذي هو فعل الزوج، وهو التطليق، وأنه غير مذكور بل هو ثابت مقتضى، والثابت بالاقتضاء لا يقبل النية؛ لأنه ليس بملفوظ فيما وراء تصحيح الكلام، والنية إنما تصح في الملفوظ. وأما الطلاق الذي هو صفة المرأة بمعنى الانطلاق فهو لا يحتمل التعدد؛ لأن الطلاق إنما يكون عن القيد، ولا قيد في المرأة إلا واحد، فلا يتصور فيه الإطلاق واحد، وهذا لا يتأتى في طلقت، فإن المذكور فيه التطليق الذي هو فعل الزوج، وأنه يحتمل التعدد. (إله داد)

(٣) جواب عن قوله: ولهذا يقرن العدد به. (ب)

(٤) أنت طالق.

(٥) الواو حالية.

(٦) أي قوة. (عبد)

(٧) قوله: "فصار بمنزلة إلخ" تصحيح قولنا: أنت الطلاق، إما بإرادة الاسم من المصدر أي أنت طالق، وإما بحذف المضاف أي ذات طلاق، وإذا نوى الثلاث يحمل على الثاني تحقيقاً لما نوى، وإلا فعلى الأول؛ إذ المجاز أهون من الحذف. (إله داد)

(٨) قوله: "وعلى هذا لو قال إلخ" أي جعل المصدر بمعنى النعت كما في صورة المعرف يقع في صورة المنكر؛ لأنه حينئذٍ بمعنى النعت. (عبد)

ولا يحتاج فيه إلى النية، ويكون رجعيًا[١]؛ لما بينا، أنه صريح الطلاق؛ لغلبة الاستعمال فيه[٢]، وتصح نية الثلاث[٣]؛ لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة؛ لأنه اسم جنس، فيُعتبر بسائر أسماء الأجناس، فتتناول[٤] الأدنى مع احتمال الكل. ولا تصح نية الثنتين فيها[٥]، خلافًا لزفر، هو يقول: إن الثنتين بعض الثلاث، فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها[٦] ضرورةً. ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحت؛ لكونها جنسًا[٧] حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية، أما الثنتان في حق الحرة عدد[٨]، واللفظ لا يحتمل العدد، وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوُحدان، وذلك بالفردية[٩]، أو الجنسية، والمثنى بمعزل

(٩) فإنه بمنزلة: أنت طالق.

(١) أي الطلاق الواقع ههنا.

(٢) أي إذا أجرى على ذات لم يرد إلا هذا المعنى لا يصح الكلام. (عبد)

(٣) في الصور الثلاث. (إله داد)

(٤) قوله: "فتتناول إلخ" قلت: نعم، ولكن المصدر الذي هو صفة الزوج بمعنى التطليق، لا المصدر الذي هو صفة المرأة، والمذكور في أنت الطلاق صفتها، لا صفته فلا يحتمل نية العموم، كيف؟ ولو صح نيته ههنا يصح في قوله: أنت طالق أيضًا؛ لأنه أيضًا ذكر الطلاق الذي هو صفة المرأة. (إله داد)

(٥) أي في الألفاظ المذكورة.

(٦) قوله: "صحت نية بعضها" لأن مصحح إرادة الكل وهو ضده صدق الجنس، وهو موجود بالنية إلى الاثنين. (حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(٧) أي كل الجنس.

(٨) ليس بفرد حقيقي، ولا حكمي.

(٩) قوله: "وذلك بالفردية إلخ" وتوضيحه أن الفرد الواحد كل الجنس من حيث إن كله صادق عليه، وجميع الأفراد أيضًا كل الجنس من حيث الوجود في الخارج، وذلك لأن ا لجنس وإن كان يوجد بتمامه في كل فرد، فوجوده فيه ليس تمام الوجود؛ لأن له وجودا في فرد آخر، فتمام وجود الجنس وكله في الخارج جميع الوجودات الخارجية، والكل من حيث هو كل واحد. فأما الأفراد المتخللة، فليست بكل الجنس، لا من حيث صادق عليه؛ لأنه ليس بصادق على المجموع من حيث هو مجموع، بل على كل فرد، ولا من حيث إنه جميع وجود الجنس؛ لأن له وجودًا في غيرها أيضًا، فلا يكون واحدًا أصلا أي لا من حيث الصدق، ولا من حيث

منهما. ولو قال: أنتِ طالق الطلاق[١]، وقال: أردت بقولي: طالق واحدةً، وبقولي: الطلاق أخرى يصدق؛ لأن كلّ واحد منهما[٢] صالح للإيقاع، فكأنه قال: أنت طالق وطالق، فتقع رجعيّتان إذا كانت مدخولا بها[٣]. وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها[٤]، أو إلى ما يعبَّر به عن الجملة وقع الطلاق؛ لأنه أضيف إلى محلّه، وذلك مثل أن يقول: أنتِ طالق؛ لأن التاء ضمير المرأة، أو يقول: رقبتكِ طالق، أو عنقكِ طالق، أو رأسكِ طالق[٥]، أو روحكِ، أو بدنكِ، أو جسدكِ، أو فرجكِ، أو وجهكِ؛ لأنه يعبّر بها[٦] عن جميع البدن[٧]. أما الجسد والبدن فظاهر، وكذا غيرهما، قال الله تعالى[٨]: ﴿فتحرير رقبةٍ[٩]﴾، وقال[١٠]: ﴿فظلّت[١١] أعناقهم﴾، وقال عليه السّلام[١٢]: «لعن الله الفروجَ على السروج»*، ويقال: فلانٌ

الوجود في الخارج، فلا يصح أن يراد بلفظ الواحد لوجوب رعاية التوحيد في معنى ألفاظ الوحدان.

فإن قلت: الثنتان في حق الحرة وإن لم تكن كل الجنس حقيقةً فهو كل حكمًا؛ لأنه أكثر الثلاث الذي هو كل الجنس، وللأكثر حكم الكل. أجيب بأن الكل الحقيقي فرد حكمًا، ولو اعتبر أكثر الثلاث في حكمه، لزم اعتبار الحكم في الحكمي اعتبار شبهة الشبهة، وإنها غير معتبرة. (د)

(١) قوله: "أنت طالق الطلاق" بالرفع على أنه خبر، أو بالنصب مصدر لفعل مقدر، أو على احتمال أن العامي لا يفرق بين النصب والرفع، فيكون خبرًا. (عبد)

(٢) أي من الطالق والطلاق.

(٣) قوله: "إذا كانت مدخولا بها" أما إذا لم تكن مدخولا بها، فتقع واحدة بائنة. (عبد)

(٤) أي جملة المرأة بأن يقول: أنت طالق؛ لأن التاء ضمير للمرأة. (ب)

(٥) قوله: "أو راسك طالق" أتى بالإضافة؛ لأنه لو قال الرأس منك طالق لا تطلق. (إله داد)

(٦) إما حقيقةً كجسده، أو بدنه، وإما عرفًا كوجهه ورأسه.

(٧) قوله: "عن جميع البدن" الأظهر بدل البدن الشخص، إذا الكلام في أن البدن يعبر به عن الكل. (عبد)

(٨) في كفارة اليمين.

(٩) ليس المراد نفس الرقبة، بل الذات.

(١٠) الله تعالى.

(١١) قوله: "فظلت [أي صارت] أعناقهم لها خاضعين"، ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل: خاضعة.(ع)

(١٢) قوله: "لعن الله الفروج [المراد صاحبة الفروج بقرينة نسبة اللعن. عبد] على السروج" قلت: غريب

رأس القوم[١]، ووجه العرب، وهلك رُوحه بمعنى نَفْسه، ومن هذا القبيل الدمُ في روايةٍ[٢]، يقال: دمه هدر[٣]، ومنه النفسُ، وهو ظاهر[٤].

وكذلك إن طلّق جزءً شائعًا مثل أن يقول: نصفكِ، أو ثلثكِ طالق؛ لأن الجزء الشائع محلّ لسائر التصرفات[٥] كالبيع وغيره[٦]، فكذا يكون محلا للطلاق[٧] إلا أنه لا يتجزّأ في حق الطلاق، فيثبت في الكل ضرورةً. ولو قال: يدكِ طالق[٨]، أو رجلكِ طالق، لم يقع الطلاق[٩]، وقال زفر والشافعي: يقع، وكذلك الخلاف في كلّ جزءٍ معين[١٠] لا يُعبّر به عن جميع البدن[١١]. لهما أنه جزءٌ متمتَّع بعقد النكاح، وما هذا حاله يكون

جداً، وأخرج ابن عدى في "الكامل" عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ نهى ذوات الفروج أن يركبن السروج». (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٩ ص٧١. (نعيم)

(١) قوله: "فلان رأس القوم" فيه أنه تشبيه بليغ، فاللفظ في معناه الحقيقي، ولئن سلم، فمستعمل في الادعاء، فحينئذٍ لم يكن من باب استعمال الجزء في الكل، إذجعل القوم بمنزلة البدن، وذلك الشخص بمنزلة رأسه. (عبد)

(٢) قوله: "في رواية" وهي رواية كتاب الكفالة، فإنه لو كفل بدم إنسان يصح، وأشار في كتاب العتاق أن إضافة الطلاق إلى الدم لا يصح، فإنه لو قال: دمك حر لا يعتق، وإنما قال من هذا القبيل؛ لأن القدوري لم يذكر هذا. (بناية)

(٣) قوله: "دمه هدر [أي باطل]" أي لا يترتب عليه قصاص ولا دية، لا يقال: يجوز أن يراد معناه الحقيقي؛ لأنا نقول: يصح هذا المعنى فيما لم يكن هناك دم، كما قتل بالخنق. (عبد)

(٤) لأن النفس عبارة عن الذات.

(٥) قوله: "محل إلخ" والسر فيه أن الجزء الشائع في حكم الكل؛ لتلازمهما وجوداً وعدمًا. (عبد الغفور)

(٦) بأن يكون مهرا.

(٧) لأنه من التصرفات. (عبد)

(٨) قوله: ولو قال: يدك إلخ" لا يقال: يقال على اليد ذلك، ويراد نفسه؛ لأنا نقول: الإسناد مجازى، كما في كسبت أيديهم، أو مجاز بالحذف أي صاحب اليد. (عبد)

(٩) قوله: "لم يقع الطلاق" لأنه لا يعبر به عن جميع البدن حتى لو عبر باليد عن الذات عند قوم يقع الطلاق بالإضافة إليه. (د)

(١٠) غير شائع.

(١١) كالإصبع، واليد، والرجل. (ب)

محلا لحكم النكاح[١]، فيكون محلا للطلاق، فيثبت الحكم فيه قضيّةً للإضافة[٢]، ثم يسرى[٣] إلى الكل، كما فى الجزء الشائع[٤]، بخلاف ما إذا أضيف إليه[٥] النكاح؛ لأن التعدى[٦] ممتنعٌ؛ إذ الحرمة فى سائر الأجزاء تَغلب[٧] الحلَّ فى هذا الجزء، وفى الطلاق الأمرُ على القلب[٨].

ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو، كما إذا أضافه إلى رِيقها، أو ظُفرها، وهذا لأن محلّ الطلاق ما يكون فيه القيد؛ لأنه يُنْبئُ عن رفع القيد، ولا قيدَ فى اليد[٩]، ولهذا لا تصح إضافة النكاح[١٠] إليه، بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه محلّ للنكاح عندنا، حتى تصح إضافتُه إليه[١١]، فكذا يكون محلا للطلاق، واختلفوا فى الظهر والبطن[١٢]، والأظهر أنه لا يصح[١٣]؛ لأنه لا يعبّر بهما عن جميع البدن.

---

(١) قوله: "يكون محلا لحكم النكاح" وهو الاستمتاع، فيكون محلا للطلاق أى لحكمه؛ فإن الطلاق والنكاح إنما يقصدان لآثارهما. (عبد)

(٢) قوله: "قضية للإضافة" أى مقتضى لإضافة الطلاق إليه. (عبد)

(٣) حكم الطلاق.

(٤) فإن الطلاق إذا وقع عليه، يسرى إلى الكل.

(٥) أى إلى الجزء المعين.

(٦) أى تعدى الحل من الجزء المعين إلى سائر الأجزاء.

(٧) قوله: "تغلب" لأن الحرمة فى أكثر الأجزاء، وفيه أنه لو ذكر الأجزاء لكان ينبغى أن يصح النكاح. (عبد)

(٨) قوله: "الأمر على القلب [فإن فيه تعدى الحرمة]" لأن جزء واحدا صار حراما، والثانى: حلال، ومتى اجتمع الحلال والحرام، غلب الحرام الحلال. (عبد)

(٩) قوله: "ولا قيد فى اليد" بل القيد فى المجموع، وذلك القيد مثل عدم الخروج وغيره من الأحكام. (عبد)

(١٠) أى الجزء المعين.

(١١) أى إلى الجزء الشائع.

(١٢) يعنى إذا قال: ظهرك طالق، أو بطنك طالق. (ب)

(١٣) أى لا يقع الطلاق إذا أضيف إليهما. (ب)

وإن طلّقها نصف تطليقة، أو ثلث تطليقة كانت طالقًا تطليقةً واحدةً؛ لأن الطلاق لا يتجزأ، وذكرُ بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل[١]، وكذا الجواب في كل جزء[٢] سماه؛ لما بينا[٣].

ولو قال[٤] لها: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، فهي طالق ثلاثًا[٥]؛ لأن نصف التطلقيتين تطليقة، فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف، تكون ثلاث تطليقات ضرورة، ولو قال[٦]: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة، قيل: يقع تطليقتان[٧]؛ لأنها طلقةٌ ونصف[٨]، فتكامل، وقيل: يقع ثلاث تطليقات؛ لأن كل نصف يتكامل في نفسها[٩]، فيصير ثلاثًا.

ولو قال: أنتِ طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين[١٠]، فهي واحدة[١١]، وإن قال: من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة.

(١) قوله: "كذكر الكل" صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء، وتغليبا للمحرم على المبيح، وإعمالا للدليل بالقدر الممكن؛ لأنه إذا قام الدليل على البعض، وهو مما لا يتجزأ، فلو لم يتكامل يؤدي إلى إبطال الدليل. (إله داد)

(٢) كالربع والعشر إلى غير ذلك. (عبد)

(٣)أنه لا يتجزأ. (عناية)

(٤)هذه المسألة من خواص " الجامع الصغير".

(٥) قوله: "فهي طالق ثلاثًا" وهو ظاهر، ولعله ذكره لمقابلته للمسألة التي تجيء بعد. (عبد)

(٦) هذا هو المنقول عن محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٧) قال العتابي: هو الصحيح. (عناية)

(٨) قوله: "لأنها طلقة ونصف" لأن كل نصفي تطليقة تطليقة، فكان ثلاث أنصاف تطليقة طلقة ونصف، فكأنه قال: طلقة ونصف. (إله داد)

(٩) قوله: "يتكامل إلخ" وفيه أن التكامل إنما يجب إذا لم يصح التكامل بوجه آخر، ولا يخفى أنه ممكن. (عبد)

(١٠) قوله: "أو ما بين واحدة إلخ" بجعل إلى بمعنى الواو، أو ما بين بمعنى من، فعلى هذا يكون هذا اللفظ مفيداً لما أفاده الأول بعينه، والتغاير بحسب اللفظ. (عبد الغفور)

(١١) عند أبي حنيفة.

وقالا في الأولى(١): هي ثنتان، وفي الثانية(٢): ثلاث، وقال زفر(٣) في الأولى: لا يقع شيء، وفي الثانية: تقع واحدة، وهو القياس؛ لأن الغاية(٤) لا تدخل(٥) تحت المضروب له الغايةُ، كما لو قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط(٦). وجه قولهما: وهو الاستحسان، أن مثل هذا الكلام متى ذُكر في العرف يراد به الكلُّ، كما تقول لغيرك(٧): خذ من مالي من درهم إلى مائة. ولأبي حنيفة أن المراد به(٨) الأكثرُ من الأقل(٩)، والأقلُّ من الأكثر، فإنهم يقولون: سنّي من ستين إلى سبعين، وما بين ستين إلى سبعين، ويريدون به ما ذكرناه(١٠)، وإرادةُ الكل(١١) فيما طريقُه طريق الإباحة، كما ذكرا(١٢)، والأصل في الطلاق هو الحظر.

---

(١) أي من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين.

(٢) أي من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث.

(٣) قوله: "وقال زفر إلخ" قال فخر الإسلام: إن الأصمعي هو الذي حج زفر على باب الرشيد، قال: ما تقول فيمن قال لامرأته: أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث، قال: تطلق واحدة؛ لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين، فقال له: ما تقول في الرجل: قيل له: كم سنك؟، فقال: ما بين ستين إلى سبعين، أو يكون ابن تسعة، فتحير زفر. (عناية)

(٤) قوله: "لأن الغاية" أي الغايتين جميعاً يعني مدخول من والى. (عبد الغفور)

(٥) أي عند عدم قرينة الخلاف. (عبد)

(٦) فلا يدخل الحائطان.

(٧) قوله: "كما تقول إلخ" فيه أن القاعدة الكلية لا تثبت بالجزئي إلا أن يحمل على التمثيل. (عبد الغفور)

(٨) قوله: "أن المراد به [أي بمثل هذا الكلام] الأكثر من الأقل إلخ" استعمال التفضيل بمن واللام غير صحيح إلا أن يتكلف بتقدير أكثر، وفي ظاهر الاستدلال بحث؛ إذ هو لا يجري فيما قال: من واحدة إلى ثنتين؛ إذ ليس هناك أكثر من الأقل. (عبد)

(٩) قوله: "الأكثر من الأقل" معناه إذا كان بينهما عدد، كما في قوله: من واحدة إلى ثلاث، وقوله: من ستين إلى سبعين، والأقل من الأكثر معناه إذا لم يكن بينهما ذلك، كما في قوله: من واحدة إلى ثنتين، وعلى هذا الاعتراض ساقط. (عناية)

(١٠) قوله: "ما ذكرناه" أي الأكثر من الأقل يعني الستين، الأقل من الأكثر أي السبعين يعني ما بينهما.

(١١) جواب عن قولهما. (ب)

(١٢) الصاحبان.

ثم الغاية الأولى[١] لا بد أن تكون موجودةً لترتب عليها الثانية[٢]، ووجودُها بوقوعها، بخلاف البيع[٣]؛ لأن الغاية فيه موجودة قبل البيع، ولو نوى واحدة[٤] يديّن ديانة لا قضاء؛ لأنه محتَملُ كلامه لكنه خلاف الظاهر. ولو قال: أنتِ طالق واحدة فى ثنتين، ونوى الضرب والحساب، أو لم تكن له نية فهى واحدة[٥]، وقال زفر: تقع ثنتان لعرف الحساب[٦]، وهو قول حسن بن زياد. ولنا أن عمل الضرب[٧] فى تكثير الأجزاء[٨]، لا فى زيادة المضروب[٩]، وتكثير أجزاء التطليقة[١٠] لا يوجب تعددها.

---

(١) جواب عن قول زفر.

(٢) قوله: "لترتب إلخ" لأنه أوقع الثانية ولا ثانية قبل الأولى، فلهذه الضرورة دخلت الغاية الأولى، ولا ضرورة فى الغاية الثانية؛ لأن إيقاع الثانية يصح بلا إيقاع الأولى، فأخذنا فيه بالقياس، كذا فى "الكافى". (د)

(٣) من هذا الحائط إلى هذا الحائط.

(٤) قوله: "ولو نوى إلخ" أى لو نوى فى قوله: من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين، وأشباههما واحدة صدق ديانة؛ لأنه محتمل كلامه لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل، وبالأقل من الأكثر. (عناية)

(٥) قوله: "فهى واحدة" فإن قيل: وجب أن يستعار كلمة فى بمعنى مع، كما فى قوله: أنت طالق فى دخولك الدار؛ لصيانة الكلام عن الإلغاء، فيقع الثلاث.
قلنا: إرسال الثلاث منهى عنه، وحمل الكلام على الإلغاء أولى من حمله على المحظور، ولا يلزم المحظور فى قولنا: فى دخولك الدار، بل فيه صيانة الكلام عن التنجيز الذى هو أشد من التعليق. (إله داد)

(٦) قوله: "لعرف الحساب" وهذا المعنى هو المتبادر، ويؤيده ما يقال فى المقادير مثل: عشرة أذرع فى عشرة أذرع. (عبد)

(٧) قوله: "عمل الضرب" يعنى فيما ليس له طول، وعرض، وعمق، أما فى الممسوحات يعنى ما له طول، وعرض، وعمق، فيكون لبيان تكثير المضروب. (ب)

(٨) قوله: "فى تكثير الأجزاء" حاصله أن أقل العددين يتجزأ بعدد أجزاء الأكثر، فإذا قيل مثلا: واحد فى اثنين كان المعنى أن الواحد يتجزأ بجزءين أى نصفين، وكل منهما واحد اعتبارى، وإذا قيل: واحد فى عشرة كان معناه أن الواحد يتجزأ بعشرة أجزاء كل جزء منها واحد اعتبارى. (عبد)

(٩) قوله: "لا فى زيادة المضروب" إذ لو حصل من الضرب الزيادة، لزم من ضرب درهم فى مائة ألف درهم، نعم يلزم تصوره والتصور لا يستلزم الوقوع. (عبد)

فإن نوى واحدة وثنتين. فهي ثلاث؛ لأنه يحتمله، فإن حرف الواو للجمع[١]، والظرف يجمع إلى المظروف، ولو كانت غير مدخول بها[٢] يقع واحدة[٣]، كما في قوله: واحدة وثنتين، وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث[٤]؛ لأن كلمة في تأتي بمعنى مع[٥]، كما في قوله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ أي مع عبادي[٦]. ولو نوى الظرف[٧] يقع واحدة؛ لأن الطلاق لا يصلح ظرفًا، فيلغو ذكر الثاني، ولو قال: اثنتين في اثنتين، ونوى الضرب والحساب، فهي ثنتان، وعند زفر ثلاث؛ لأن قضيَّته[٨] أن يكون أربعًا لكن لا مزيدَ للطلاق على الثلاث، وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه[٩]. ولو قال: أنتِ طالق من ههنا إلى الشام[١٠]، فهي واحدة يملك الرجعة.

---

(١٠) قوله: "أجزاء التطليقة" كما لو قال: أنت طالق طلقة ونصفها، وربعها، وثمنها، لم يقع إلا واحدة. (ب)

(١) قوله: "للجمع" ليس المراد منه المقارنة، بل الجمعية في الحكم، والظرف يقارن المظروف نوع مقارنة وجمعية، فكان لفظة في مستفادة بمعنى الواو. (عبد)

(٢) فيما إذا نوى واحدة وثنتين.

(٣) فإنها تبين بالأول بعد العدة.

(٤) قوله: "يقع الثلاث" سواء كانت مدخولا بها أو لا، وهذا لأن أحد العددين لا يصلح ظرفًا للآخر، وبين الظرف والمظروف معنى المعية، فاستعير له. (عناية)

(٥) يقال: دخل الأمير في جنده أي مع جنده. (ب)

(٦) قوله: "مع" قال صاحب "الكشاف": ليس ههنا في بمعنى مع؛ إذ لو كان كذلك لما قيل: وادخلي جنتي، بل هي على الحقيقة أي ادخلي في جملة عبادي. (ب)

(٧) أي الظرف الحقيقي. (عبد)

(٨) بحسب الضرب.

(٩) قوله: "على ما بيناه" من أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء، لا في زيادة المضروب. (عناية)

(١٠) قوله: "إلى الشام" قال الإنزاري: الشام بسكون الهمزة اسم لبلد، قلت: ليس كذلك، بل هو اسم لصقع يجمع بلادا كثيرة، وأعظمها دمشق. (ب)

وقال زفر: هي بائنة؛ لأنه وصف الطلاقَ بالطول[١]، قلنا: لا، بل وصفه بالقصر؛ لأنه متى وقع، وقع في الأماكن كلها.

ولو قال: أنتِ طالق بمكة، أو في مكة، فهي طالق في الحال في كل البلاد، وكذلك لو قال: أنتِ طالق في الدار؛ لأن الطلاق لا يتخصّص بمكان دون مكان[٢]، وإن عنى به إذا أتيتِ مكة يصدق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه نوى الإضمار، وهو خلاف الظاهر.

ولو قال: أنتِ طالق إذا دخلتِ مكة لم تطلق حتى تدخل مكة؛ لأنه علّقه بالدخول، ولو قال: في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنة[٣] بين الشرط والظرف، فحمل عليه[٤] عند تعذر الظرفية.

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان[٥]

ولو قال[٦]: أنت طالق غداً، وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أوّل جزء منه[٧]، ولو نوى به[٨] آخر النهار صدّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه نوى التخصيص في

(١) قوله: "لأنه وصف الطلاق بالطول" فيه بحث إذ لو قال: طالق طويل، يكون رجعيًا عنده، فأجاب بعضهم بأن المقصود من تلك العبارة ليس الطويل فقط، بل الطول والعرض، فكأنه أراد طلاقًا محيطًا بجميع الأمكنة الواقعة من ههنا إلى الشام، ولا يلزم من وقوع الطلاق بوصف الطول والعرض وقوعه بوصف الطول. (عبد)

(٢) قوله: "لا يتخصص بمكان دون مكان" فوقوعه في بعض الأجزاء مستلزم لوقوعه في الكل. (عبد)

(٣) قوله: "لمقارنة إلخ" حاصله أن الأصل هو الظرف، والدخول لا يصلح أن يكون ظرفًا، والشرط مناسب له، فحمل عليه. (عبد)

(٤) قوله: "فحمل عليه" فصار قوله: في دخولك بمعنى الشرط، وتوقف على الدخول. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "فصل إلخ" لما شرع في باب إيقاع الطلاق أورد فيه فصولا مترادفة من إضافة الطلاق وتنوعه وتشبيهه. (نهاية)

(٦) هذه من مسائل القدوري.

(٧) الغد.

(٨) الغد.

العموم[١]، وهو يحتمله، وكان مخالفًا للظاهر[٢].

ولو قال: أنتِ طالق اليوم غدًا، أو غدًا اليوم، فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذي تَفوّه به، فيقع في الأول في اليوم، وفي الثاني في الغد؛ لأنه لما قال: "اليوم" كان تنجيزًا، والمنجَّزُ لا يحتمل الإضافة[٣]، ولو قال: "غدًا" كان إضافةً، والمضاف لا يتنجز؛ لما فيه من إبطال الإضافة، فلغا اللفظ الثاني[٤] في الفصلين. ولو قال: أنتِ طالق في غد، وقال: نويت آخر النهار دُيِّن[٥] في القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يدين في القضاء خاصةً[٦]؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، فصار بمنزلة قوله: "غدًا" على ما بينا[٧]، ولهذا يقع في أول جزءٍ منه[٨] عند عدم النية، وهذا لأن حذفَ "في"، وإثباتَه سواء؛ لأنه[٩] ظرف في الحالين. ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن كلمة "في" للظرف، والظرفية لا تقتضي الاستيعابَ، وتعيُّنُ الجزء الأول[١٠] ضرورة عدم المزاحم، فإذا عَيَّن آخر

(١) قوله: "لأنه نوى إلخ" ونية التخصيص في العموم صحيحة، كما لو قال: لا آكل طعامًا، ونوى طعامًا دون طعام. (كافي)

(٢) ولذا لا يصدق قضاءً.

(٣) إلى الغد.

(٤) قوله: "فلغا اللفظ الثاني" واعترض بأنه لم لايجعل غداً ظرفًا لطلاق آخر، وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق، والأصل خلافه، فلا يصار إليه في غير موضع الضرورة. (عناية)

(٥) أي صدق.

(٦) أي لا ديانةً.

(٧) قوله: "على ما بينا [أي لكونه بمنزلة قوله: غدًا]" إشارة إلى قوله: لأنه نوى التخصيص في العموم، وهذا يحتمله مخالفًا للظاهر. (نهاية)

(٨) الغد.

(٩) الغد.

(١٠) جواب عن قوله: ولهذا يقع إلخ.

النهار كان التعين القصدى أولى بالاعتبار من الضرورى، بخلاف قوله: غدًا[١]؛ لأنه يقتضى الاستيعابَ حيث وصفها بهذه الصفة مضافًا إلى جميع الغد، نظيره[٢] إذا قال: والله لأصومنّ عمرى[٣]، ونظيرُ الأوّل[٤]: والله لأصومن فى عمرى[٥]، وعلى هذا الدهرُ وفى الدهر.

ولو قال: أنتِ طالق أمسِ، وقد[٦] تزوّجها اليوم لم يقع شيء؛ لأنه أسنده إلى حالةٍ معهودةٍ[٧] منافيةٍ لمالكية الطلاق فيلغو، كما إذا قال: أنتِ طالق قبل أن أُخْلَق، ولأنه يمكن تصحيحه[٨] إخبارًا عن عدم النكاح، أو عن كونها مطلقةً بتطليق غيره من الأزواج. ولو تزوّجها أوّل من أمس[٩] وقع الساعة؛ لأنه ما أسنده إلى حالةٍ منافيةٍ[١٠]، ولا يمكن تصحيحه إخبارا[١١] أيضًا، فكان إنشاءً، والإنشاء فى الماضى إنشاء فى الحال، فيقع

---

(١) قوله: بخلاف قوله: غدا الخ" [جواب عن قوله: فصار بمنزلة قوله: غدًا] والفقه فيه أن قوله: غدًا ظرف ضرورة؛ لأن الظرفية تثبت فيه، لا بلفظ يدل عليها، وفى قوله: فى غد بلفظ يدل عليها، وما يثبت بلفظ يدل عليها يحتمل النية، لا ما يثبت بدونه، كذا فى الشرح. وفيه أنه يقتضى أن لا يصح نية آخر النهار فى قوله: غدًا فيما بينه وبين الله تعالى أيضًا؛ لأن ما يثبت بدون اللفظ لا يحتمل النية، ألا يرى أنه لا يصح نية التخصيص فى المقتضى، لا ديانةً ولا قضاءً؛ لأنه ليس بلفظ. (إله داد)

(٢) أى نظير الغد.

(٣) فإنه يقتضى الاستيعاب.

(٤) أى فى الغد.

(٥) فإنه لا يقتضى الاستيعاب.

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "إلى حالة معهودة إلخ" قد يشكل بأن المذكور ههنا إنما هو أمس، والأمسية لا تنافى مالكية الطلاق، إنما المنافى لها كونه قبل التزوج، وأنه غير مذكور. (إله داد)

(٨) قوله: "ولأنه يمكن تصحيحه إخبارا إلخ" وهذا خبر بصيغته، وإنما جعل إنشاءً لتعذر جعله خبرًا، فإذا أمكن تحقيقه إخبارًا لا يجعل إنشاءً، كذا فى "الكافى". (جاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٩) وقال: أنت طالق أمسِ.

(١٠) لمالكية الطلاق.

(١١) قوله: "ولا يمكن تصحيحه إخبارًا" أى لا فى حق نفسه، ولا فى حق غيره. (إله داد)

الساعةَ. ولو قال: أنتِ طالق قبل أن أتزوجكِ لم يقع شيء؛ لأنه أسنده إلى حالة منافية[١]، فصار كما إذا قال: طلقتكِ وأنا صبيّ أو نائم، أو يصح إخبارا[٢] على ما ذكرنا[٣]. ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقكِ، أو متى لم أطلقكِ، أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقتْ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى زمانٍ خالٍ عن التطليق، وقد وجد حيث سكت، وهذا لأن كلمة "متى" و"متى ما" صريحٌ في الوقت؛ لأنهما من ظروف الزمان، وكذا كلمة "ما" للوقت، قال الله تعالى: ﴿ما دُمتُ حيّا﴾[٤] أي وقت الحياة.

ولو قال: أنتِ طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت؛ لأن العدم[٥] لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة[٦]، وهو الشرط، كما في قوله: إن لم آتِ البصرة[٧]، وموتُها بمنزلة موته[٨]، هو الصحيح. ولو قال: أنتِ طالق إذا لم أطلقك، أو إذا ما لم أطلقكِ، لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة.

---

(١) لمالكية الطلاق.

(٢) قوله: "أو يصح إخباراً [عن عدم النكاح، أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره] إلخ" فإن قلت: متى أمكن التصحيح وجب أن لا يلغى، فيتعين الوجه الثاني، وهو التصحيح أحيانًا. قلت: قولنا: أنت طالق إنشاء عرفًا إخبار صيغة، فالإلغاء بالنظر إلى كونه إنشاء، والتصحيح بالنظر إلى كونه إخبارا. (إله داد)

(٣) آنفًا.

(٤) قوله: "ما دمت حيًا" قال الله تعالى حكاية عن عيسى: ﴿وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيًا﴾ أي مدة دوامي حيًا. (ب)

(٥) أي عدم الطلاق.

(٦) قوله: "إلا باليأس عن الحياة" وهو في زمان لا يسع فيه تمام أنت طالق. (عبد)

(٧) فأنت طالق.

(٨) قوله: "وموتها بمنزلة موته" أي يقع الطلاق قبل موتها أيضًا هو الصحيح؛ احتراز عن رواية "النوادر"، فإنه قال في "النوادر": لا يقع الطلاق بموتها؛ لأن الزوج قادر على الإيقاع، كما إذا قال: إن لم أدخل الدار فأنت طالق، يقع الطلاق بموته ولم يقع بموتها؛ لأن بعد موتها يمكن دخول الدار، فلا يتحقق اليأس، فلا يقع. (نهاية)

وقالا: تطلق حين سكت؛ لأن كلمة "إذا" للوقت، قال الله تعالى: ﴿إذا الشمس كُوِّرَت﴾[1]، وقال قائلهم[2]: شِعر:

وإذا تكون[3] كريهةٌ أُدعى لها وإذا يُحاس الحيس[4] يدعى جُنْدَب[5]

فصار بمنزلة "متى" و "متى ما"، ولهذا[6] لو قال لامرأته: أنتِ طالق إذا شئتِ، لا يخرج الأمر من يدها[7] بالقيام من المجلس، كما في قوله: متى شئتِ[8]، ولأبي حنيفة أنه[9] يستعمل في الشرط[10] أيضاً، قال قائلهم[11]: شعر:

واستغن[12] ما أغناك[13] ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصةٌ[14] فتجمل[15]

---

(١) قوله: "إذا الشمس كورت" التكوير: درهم پيچيدن، ويراد به حالة منه، وهو ذهاب ضوءها بقرينة ما بعدها يعني قوله: ﴿وإذا النجوم انكدرت﴾. (عبد)

(٢) قوله: "وقال قائلهم" أضاف القائل إلى ضمير العرب؛ ليصير شاهداً. (عبد)

(٣) قوله: "وإذا تكون [أي إذا وجدت مكروهة هي الحرب. عبد]" لم يبين المصنف قائله، وقال الكاكي: قائله عنترة العبسي، وليس بصحيح، وعزاه سيبويه إلى رجل من مدحج، وقال أبو رياش: قائله همام بن مرة أخو جناس بن مرة قاتل كليب. وزعم ابن الأعرابي أنه لرجل من بني عبد مناف قبل الإسلام بخمس مائة عام، وتحقيق هذا البيت مع بيان لغاته وإعرابه ذكرته في الكتاب الذي صنفته وسميته بـ"المقاصد النحوية في شرح شواهد شرح الألفية". (نهاية)

(٤) في "الصراح": حيس در آميختن وطعامي از خرما وروغن وماست، وساختن آن طعام. (قمر الأقمار)

(٥) اسم شخص.

(٦) أي لكون إذا ظرفاً.

(٧) قوله: "لا يخرج الأمر من يدها إلخ" ولو كان بمعنى إن يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس، كما في إن. (عناية)

(٨) فإنه لا يخرج الأمر من يدها بالقيام من المجلس.

(٩) إذا.

(١٠) بطريق الاشتراك. (نهاية)

(١١) هو عبد قيس بن خفاف، يوصي ابنه.

(١٢) قوله: "واستغن" الاستغناء من الغني بالقصر توانگری ودستگاه، ما أغناك أي مدة ما أغناك ربك،

فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال[1]، وإن أريد به الوقت تطلق[2]، فلا تُطلق بالشكِ والاحتمالِ[3]، بخلاف مسألة المشية؛ لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمرُ من يدها[4]، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج[5]، والأمرُ صار في يدها، فلا يخرج بالشك والاحتمال، وهذا الخلاف[6] فيما إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى الوقت يقع في الحال، ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر؛ لأن اللفظ يحتملهما.

ولو قال: أنتِ طالق ما لم أطلقكِ أنت طالق، فهي طالق[7] بهذه التطليقة معناه قال: ذلك موصولا به[8]، والقياسُ أن يقع[9] المضافُ[10]،

بالغنى متعلق بقوله: أغناك و الإصابة رسيدن، والخصاصة بالفتح درويشي.

وقوله: فتجمل إما بالجيم كما اختاره صاحب "التلويح"، فالمعنى أظهر الغنى من نفسك بالتزين والتكلف الجميل؛ كي لا يقف على أحوالك الناس، أو كل الجميل، وهو الشحم المذاب تعففا، كذا قال على القاري، وإما بالحاء المهملة فهو من التحمل أي احتمال المشقة، كذا في "الصراح". (قمر الأقمار لنور الأنوار)

(١٣) أي وقت إغنائك.

(١٤) الفقر.

(١٥) أي اصبر صبراً جميلا. (عبد)

(١) كمّا في إن.

(٢) كما في متى.

(٣) قوله: "فلا تطلق بالشك والاحتمال" لأن الطلاق غير واقع، وما هو غير واقع لا يقع بالشك؛ لأن الثابت باليقين لا يرتفع بالشك، بخلاف مسألة المشية، فإن أمرها فوض إليها، فثبت التفويض قطعا، فبالشك لا يزول. (عبد الغفور)

(٤) قوله: "لا يخرج الأمر من يدها [كما في متى]" بالقيام عن المجلس؛ لأنه حينئذٍ يكون تمليكًا موقتًا، وهو لا يبطل بالقيام، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج بالقيام عن المجلس؛ لأنه حينئذٍ يكون تمليكًا مطلقًا عن الوقت، والمطلق يتقيد بالمجلس، والأمر صار بيدها، فلا يخرج بالشك. (ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٥) الأمر من يدها، كما في إن.

(٦) بين الإمام وصاحبيه.

(٧) استحسانًا.

(٨) قوله: "موصولا به" لأنه إذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسًا واستحسانًا؛ لأنه وجد الزمان الخالي عن

فيقعان[١] إن كانت مدخولا بها، وهو قول زفر؛ لأنه وجد زمانٌ لم يطلّقها فيه وإن[٢] قل، وهو زمانُ قوله: "أنتِ طالق" قبل أن يفرغ منها.

وجه الاستحسان أن زمان البر[٣] مستثنى عن اليمين بدلالة الحال؛ لأن البر هو المقصود[٤]، ولا يمكنه تحقُّق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى، وأصلُه مَنْ حلف لا يَسكن هذه الدار، فاشتغل بالنُّقْلة[٥] من ساعته، وأخواتُه[٦] على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى.

ومَن قال لامرأةٍ: يوم أتزوجك فأنتِ طالق، فتزوجها ليلا طلقت؛ لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار، فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد[٧] كالصوم[٨]، والأمر باليد[٩]؛ لأنه يراد به المعيار[١٠]، وهذا أليق به، ويذكر

التطليق. (عناية)

(٩) إلى الزمان.

(١٠) أي أيضًا. (نهاية)

(١) أي الأول والثاني.

(٢) الواو وصلية.

(٣) وهو زمان قوله: أنت طالق، كأنه حلف بقوله: والله أطلقك.

(٤) من اليمين.

(٥) فزمان النقلة مستثنى.

(٦) قوله: وأخواته" وهي نحو قوله: لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، فنزعه في الحال ونزل منها لا يحنث، وإن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد وقت اشتغاله بالنزع. (نهاية)

(٧) قوله: "إذا قرن بفعل [المراد منه الفعل اللغوى. إله داد] يمتد إلخ" الحاصل أن الظرف المنسوب يكون معيارا، فإذا كان الفعل الذى يتعلق به الظرف ممتدا، كان المناسب أن يحمل على شيء يصير معيارًا له، وهو النهار في مبحثنا هذا، وأما إذا لم يكن ممتدا، فلا يصح أن يجعل النهار معيارا له، فيحمل على الوقت المطلق؛ لأنه مجاز متعارف. والتحقيق أن امتداد الفعل وعدمه إنما هو بالنظر إلى متعلق الظرف، لا بالنظر إلى المضاف إليه، والفرق يظهر فيما إذا كان المضاف إليه والمتعلق متفاوتين بحسب الامتداد وعدمه. (عبد)

(٨) نحو: على أن أصوم يوم يقدم فلان.

ويراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى: ﴿ومن يُولّهم يومئذ[١] دُبُرَه[٢]﴾، والمراد به مطلق الوقت، فيُحمل عليه إذا قُرن بفعلٍ لا يمتد، والطلاقُ من هذا القبيل[٣]، فينتظم الليل والنهار. ولو قال: عنيت به بياضَ النهار خاصة دُيّن[٤] في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه[٥]، والليل[٦] لا يتناول إلا السواد، والنهار[٧] لا يتناول إلا البياض خاصّة، وهو اللغة[٨].

فصل[٩]

ومَن قال لامرأته[١٠]: أنا منك طالق، فليس بشيء وإن نوى طلاقًا، ولو قال: أنا منكِ بائن، أو عليك حرام يَنوى الطلاق، فهي طالق.

وقال الشافعي: يقع الطلاق في الوجه الأول أيضًا[١١] إذا نوى؛ لأن

---

(٩) نحو: أمرك بيدك يوم يقدم فلان.

(١٠) المعيار ما لا يفضل عن المظروف.

(١) قوله: "ومن يولهم يومئذٍ" أخرج ابن أبي حاتم وأبو الشيخ عن سعيد بن جبير في قوله تعالى: ﴿ومن يولهم يومئذٍ دبره﴾، قال: يوم بدر منهزما ﴿إلا متحرفًا لقتال﴾ يعني مستطردًا يريد الكرة على المسلمين ﴿أو متحيزًا إلى فئة﴾ يعني أو ينحاز إلى أصحابه من هزيمة ﴿فقد باء بغضب﴾ يعني استوجبوا سخطًا من الله ﴿ومأواه جهنم وبئس المصير﴾، فهذا يوم بدر خاصة، كان شديدًا على المؤمنين ﴿ليقطع دابر الكافرين﴾. (تفسير الدر المنثور للعلامة جلال الدين السيوطي)

(٢) بضمتين پشت. (غث)

(٣) قوله: "والطلاق من هذا القبيل" نبه على أن اسر الفعل المقرون هو العامل دون المضاف إليه. (إله داد)

(٤) صدق.

(٥) قوله: "لأنه نوى حقيقة كلامه" إشارة إلى أنه إذا نوى حقيقة الكلام يصدق قضاء. (إله داد)

(٦) نحو: ليل أتزوجك، فأنت طالق.

(٧) نحو: نهار أتزوجك، فأنت طالق.

(٨) قوله: "وهو اللغة" أراد منه معنى يشمل أصل اللغة وعرفها. (عبد)

(٩) قوله: "فصل" لما كان إضافة الطلاق إلى النساء مخالفة لإضافته إلى الرجال، ذكرها في فصل على حدة، وذكر فيه مسائل أخر متنوعة، وإن كان حقيقا أن يذكر في مسائل شتى. (عناية)

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (ب)

(١١) أي أنا منك طالق.

ملك النكاح[١] مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبةَ بالوطيء، كما يملك هو المطالبةَ بالتمكين[٢]، وكذا الحلّ مشتركٌ بينهما، والطلاق وضع لإزالتهما[٣]، فيصح[٤] مضافًا إليه، كما يصح مضافًا إليها[٥]، كما في الإبانة والتحريم[٦]. ولنا أن الطلاق لإزالة القيد[٧]، وهو[٨] فيها دون الزوج، ألا ترى أنها هي الممنوعة[٩] عن التزوّج بزوج آخر والخُروج[١٠]، ولو كان[١١] لإزالة الملك، فهو عليها[١٢]؛ لأنها مملوكة، والزوج مالك، ولهذا سميت[١٣] منكوحةً، بخلاف الإبانة؛ لأنها لإزالة الوصلة[١٤]، وهي[١٥] مشتركة، وبخلاف التحريم؛ لأنه لإزالة الحل، وهو[١٦] مشترك،

(١) قوله: "لأن ملك النكاح إلخ" لا يقال: فحينئذٍ ينبغي أن لا يحتاج إلى النية؛ لأنا نقول: هذا وإن كان معناه الحقيقي لكن لا يكفي في الصريح ذلك بل يجب التبادر، ولا يخفى أن الطالق أشهر في جانب الزوجة. (عبد الغفور)

(٢) على الوطئ.

(٣) أي ملك النكاح والحل.

(٤) الطلاق.

(٥) نحو أنت مني طالق.

(٦) كما في المتن.

(٧) قوله: "لإزالة القيد" أي لا لإزالة الملك والحل، كما قال الشافعي. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٨) القيد.

(٩) قوله: "هي الممنوعة" فيه أن الزوج أيضًا ممنوع عن شيء، وهو تزوج الأربعة دونها. (عبد)

(١٠) من البيت بلا إذنه.

(١١) قوله: "ولو كان إلخ" أي لئن سلمنا أنه لإزالة الملك، كما قاله، فنقول: إن الملك واقع على المرأة، وأما حق المطالبة فلا يقتضي إلا أنه مديون، والمديون لا يلزم أن يكون مملوكًا. (عبد)

(١٢) فالطلاق يقع عليها، لا منها.

(١٣) قوله: "ولهذا سميت إلخ" أي لما علم أنها مملوكة علم وجه تسميتها بالمنكوحة، ولأن سبب الملك يوجب إطلاق المفعول، كما أن سبب الملك إذا كان بيعا يطلق المبيع على المملوك، كذا فيما نحن فيه، فإن سبب الملك هو النكاح، فأطلق اسم المفعول على المملوك، والمقصود بيان كمية المملوكية. (عبد)

(١٤) پيوند.

(١٥) الواو وصلية.

فصحت إضافتهما إليهما، ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها[١].

ولو قال[٢]: أنتِ طالق واحدة أو لا، فليس بشيء، قال رضي الله عنه[٣]: هكذا ذكر في "الجامع الصغير" من غير خلاف، وهذا[٤] قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرًا. وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف: أولا تطلق واحدة رجعية[٥]، ذكر قول محمد[٦] في كتاب الطلاق[٧] فيما إذا قال لامرأته: أنتِ طالق واحدة أو لا شيء. ولا فرق بين المسألتين[٨]، ولو كان المذكور ههنا[٩] قول الكل، فعن محمد روايتان: له[١٠] أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة "أو" بينها وبين النفي، فيسقط اعتبار الواحدة، ويبقى قوله: أنتِ طالق، بخلاف قوله: أنتِ طالق أو لا[١١]؛ لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع، فلا يقع.

---

(١٦) الحل.

(١) قوله: "إلا إليها" إذ لا وجه لإضافته إليه لا حقيقة وهو ظاهر، ولا مجازًا؛ إذ طلاق الرجل من المرأة معنى مستحيل في نفسه، ليس له لازم يصار إليه عند تعذر الحقيقة. (إله داد)

(٢) هذه مسألة "الجامع الصغير". (ب)

(٣) أي المصنف. (ب)

(٤) أي والحال أن هذا إلخ.

(٥) دليل على أنه عند محمد تطلق واحدة رجعية.

(٦) قوله: "ذكر قول محمد [أي وقوع الطلاق الرجعي واحدًا] إلخ" حاصله أنه قال في الصورة المذكورة: إنه يقع طلاق رجعي، ولا فرق بين هذه، وما ذكرناه من قولنا في الوقوع، فإذا كان هذا واقعًا كان ذلك واقعًا بلا شبهة، فقد علم وقوع الطلاق فيما صورناه، فإطلاق الجامع من غير ذكر الخلاف غير صحيح، وتوجيهه إما أن يقال: إن محمدا روى روايتين، أو يقال: إن إطلاقه مقيد. (عبد)

(٧) من المبسوط.

(٨) قوله: "ولا فرق بين المسألتين" يعني بين قوله: أنت طالق واحدة أولا، وبين قوله: أنت طالق واحدة أو لا شيء في حق التشكيك في الإيقاع، أو في الوضع. (عناية)

(٩) قوله: "ولو كان المذكور ههنا" أي في "الجامع الصغير" قول الكل، فعن محمد رحمه الله روايتان؛ لأنه لم يذكر الخلاف في وضع "الجامع الصغير" في أنه لا يقع شيء، فكان عند محمد أيضًا لا يقع شيء. (نهاية)

(١٠) أي لمحمد.

(١١) فإنه لا يقع.

ولهما أن الوصف[١] متى قُرِن بالعدد[٢] كان الوقوع بذكر العدد، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها: أنتِ طالق ثلاثًا تطلق ثلاثًا، ولو كان الوقوعُ بالوصف للغى ذكر الثلاث، وهذا لأن الواقعَ في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف،[٣] معناه: أنتِ طالق تطليقة واحدة على ما مرَّ[٤]، وإذا كان الواقعُ ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في أصل الإيقاع، فلا يقع شيء. ولو قال: أنتِ طالق مع موتي، أو مع موتك، فليس بشيء؛ لأنه أضاف الطلاق[٥] إلى حالةٍ[٦] منافيةٍ له؛ لأن موتَه ينافي الأهلية[٧]، وموتَها ينافي المحلية[٨]، ولا بد منهما. وإذا ملك الزوج امرأته، أو شقصًا[٩] منها، أو ملكتِ المرأة زوجَها، أو شقصًا منه، وقعت الفرقة؛ للمنافاة بين الملكين[١٠]، أما ملكُها[١١] إياه، فللاجتماع[١٢] بين المالكية

---

(١) قوله: "أن الوصف [يعني طالق. عبد] متى قرن بالعدد" أي قوله: أنت طالق متى قرن بالواحدة، أو بالثنتين، أو بالثلاث، وإنما أطلق اسم العدد على الواحدة لما أنها أصل العدد يعني أن الوصف متى قرن بالعدد، كان كلاما واحدا في الإيقاع، فحينئذٍ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الإيقاع، فحينئذٍ يصير نظير قوله: أنت طالق أو لا، وهناك لا يقع شيء بالإجماع، فكذا ههنا. (نهاية)

(٢) قوله: "متى قرن بالعدد إلخ" ولقائل أن يقول: نعم، متى قرن بالعدد، ولكن القران به لم يثبت متى أدخل كلمة الشك عليه، فكان الإيقاع بصيغة الوصف، وهو طالق. (د)

(٣) وهو المصدر. (إله داد)

(٤) قوله: "على ما مر" أراد به قوله: كان الوقوع بذكر العدد. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه أضاف إلخ" لأن كلمة "مع" إذا قرنت بالمصدر تكون بمعنى بعد، كما في أنت طالق مع نكاحك. (إله داد)

(٦) الموت.

(٧) أي أهلية التطليق.

(٨) أي محلية الطلاق.

(٩) (پاره) الشقص بالكسر السهم، قاله ابن دريد. (ب)

(١٠) أي ملك النكاح وملك اليمين.

(١١) أي أما منافاة ملكها إياه لملك النكاح.

(١٢) فيؤدي إلى النزاع. (عبد)

والمملوكية، وأما ملكُه إياها، فلأن ملك النكاح ضروري[١]، ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي. ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء؛ لأن الطلاق يَستدعي[٢] قيام النكاح، ولا بقاء له مع المنافي، لا من وجهٍ[٣]، ولا من كلّ وجه، وكذا إذا ملكَتْه أو شقصًا منه، لا يقع الطلاق؛ لما قلنا من المنافاة. وعن محمد أنه يقع؛ لأن العدة واجبة، بخلاف الفصل الأول[٤]؛ لأنه لا عدة هنالك[٥] حتى حَلَّ وطئُها له[٦]. وإن قال لها وهي[٧] أمةٌ لغيره: أنتِ طالق ثنتين مع عتق مولاكِ إياكِ، فأعتقها ملك الزوجُ الرجعة؛ لأنه علق التطليقَ بالإعتاق أو العتق؛ لأن اللفظ ينتظمهما[٨]، والشرط ما

---

(١) قوله: "ضروري" إذا الأصل أن لا يكون الحرة مملوكة لا كلها ولا بعضها، فهذا الملك يلزمه كونه ضروريا، فإذا ملكها لم يبقَ الملك بصفة الضرورة، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم.لا يقال: هذا إذا ملك تمامها، أما إذا ملك بعضها، فلا، لأنا نقول: زال الملك الضروري عن البعض، فارتفع بالنسبة إليه ملك النكاح، وإذاارتفع النكاح عن بعض ارتفع عن الكل،فلم يصح الوطئ؛لأنه يلزم الوطئ بغير المنكوحة، وبغير من ملك تمامها.(ع)

(٢) أي إنما يرد على النكاح الباقي.

(٣) كبقاء النكاح لمعتدة الرجعي.

(٤) قوله: "بخلاف الفصل الأول [أي ما ذا اشتراها]" ثم فيما ذكره المصنف من الفرق بين الفصلين في تخريج محمد إشعار بأن خلاف محمد إنما هو في الفصل الثاني دون الأول، وبه يظهر أن ما ذكر في "كنز الدقائق" من الميم التي هي علامة خلاف محمد على قوله: فلو اشتراها وطلقها لم يقع، يحتاج إلى مزيد تأمل.

وكذا الحاشية عند قوله: لم يقع من قوله: وعند محمد أنه يقع إذ لا خلاف لمحمد فيما إذا اشتراها زوجها إنما خلافه فيما إذا اشترته المرأة على ما نص به المصنف، والإمام حافظ الملة والدين في "الكافي".

وأعجب منه ما وقع في "شرح الكنز" لمولانا حاجي الظفر آبادي من قوله: لم يقع أي في ظاهر الرواية، وعند محمد يقع، كذا في "الهداية". (إله داد)

(٥)قوله: "لا عدة هنالك" أي في حق مولاها الذي كان زوجها أي لا يظهر أثر عدتها في حقه بدليل حل وطئها. وأما العدة فواجبة في نفسها حتى إنه لو أعتقها ليس لها أن تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها، كذا ذكره الإمام المحبوبي. (ن)

(٦) أي للزوج المالك.

(٧) الواو للحال.

(٨)قوله: "لأن اللفظ ينتظمهما" فيه توجهان: أحدهما: أن يجعل العتق بمعنى الإعتاق، أو ما يترتب عليه، و حينئذ لا بد من تقدير أي عتق حصل بإعتاق مولاك إياك، فيكون معنى الانتظام احتمال المعنيين. وثانيهما: أن

يكون معدومًا[١] على خطر الوجود، وللحكم تعلُّق به، والمذكور[٢] بهذه الصفة[٣]، والمعلّقُ به التطليق[٤]؛ لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقًا عند الشرط[٥] عندنا، وإذا كان التطليق معلَّقًا بالإعتاقِ أو العِتق، يوجد بعده[٦]، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق، فيكون الطلاق متأخرًا عن العتق، فيصادفُها[٧]، وهي[٨] حرة، فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين، يبقى شيء، وهو أن كلمة "مع" للقران. قلنا: قد يذكر للتأخر[٩]، كما في قوله تعالى: ﴿فإن مع العسر[١٠] يسرًا إن مع العسر يسرًا﴾، فيُحمل عليه[١١] بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط[١٢].

يجعل العتق بمعنى الإعتاق، والمقصود تعليق الحكم إما باعتبار نفس الإعتاق، أو باعتبار لازمه أعني العتق. (عبد)

(١) قوله: "والشرط ما يكون معدومًا" إلى قوله: للحكم تعلق به، تعريف للشرط. (عبد)

(٢) أي العتق.

(٣) قوله: "والمذكور بهذه الصفة" أي يوجد فيه ما ذكرنا من معنى الشرط. (عبد)

(٤) قوله: "والمعلق به التطليق" وذلك لأن تعليق الحكم يقتضي تعليق سببه، فإذا علق الطلاق بأمر يقتضي تعليق التطليق به، فكان التطليق يتحقق عند تحقق الشرط، بخلاف الشافعي، فإنه يقول: التطليق واقع إلا أن الحكم متأخر. (عبد)

(٥) لا عند التكلم.

(٦) قوله: "يوجد بعده" أي بعد العتق؛ لأن الطلاق متأخر عن التطليق، وهو عن الإعتاق، ولو قلنا: إن العتق في وقت الإعتاق، والتطليق بعده، فيكون الطلاق الذي مع التطليق بعده بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط. (عبد)

(٧) الطلاق.

(٨) الواو حالية.

(٩) بعد.

(١٠) أي بعده. (إله داد)

(١١) بعد.

(١٢) قوله: "بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط" فيه بحث إذ معنى الشرط إنما يوجد إذا حمل مع على التأخير، ولا ضرورة فيه، اللهم إلا أن يقال: إنه يفهم من هذا الكلام، فيحمل بحسب ضرورة الفهم على التأخير. (عبد الغفور)

ولو قال(١): إذا جاء غدٌ، فأنتِ طالق ثنتين، وقال المولى: إذا جاء غدٌ فأنتِ حرة، فجاء الغد لم تحل له(٢) حتى تنكح زوجًا غيره، وعدتُها ثلاث حيض، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة؛ لأن الزوج(٣) قَرن الإيقاع(٤) بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط(٥) الذي علّق به المولى العتق، وإنما ينعقد المعلّق سببًا عند الشرط، والعتقُ يقارن الإعتاق؛ لأنه علته(٦)، أصله(٧) الاستطاعة مع الفعل، فيكون التطليق(٨) مقارنًا للعتق ضرورةً، فتطلق بعد العتق، فصار كالمسألة الأولى(٩)، ولهذا(١٠) يقدر عدتها(١١) بثلاث حيض.

ولهما أنّه علّق الطلاق بما عَلّق به المولى العتقَ، ثم العتق يُصادفها وهي(١٢) أمة، فكذا الطلاق(١٣)، والطلقتان تحرّمان الأمة حرمةً غليظةً،

---

(١) قوله: "ولو قال إلخ" حاصله أنه علق تطليق الأمة وإعتاقها بشيء واحد. (عبد)

(٢) فكأن الطلاق وقع قبل العتق.

(٣) قوله: "لأن الزوج إلخ" قال في "الكافي": قال محمد رحمه الله: التطليق يقارن الإعتاق؛ لأن كلا معلق بشرط واحد، والمعلق بالشرط الواحد ينعقد سببًا عنده، والعتق يقارن الإعتاق؛ لأنه معلوله، فيكون الطلاق مقارنا للإعتاق، فيكون مقارنا للعتق ضرورة، فيكون واقعا على الحرة، فيملك الرجعة. (حاشية ملا إله داد)

(٤) أي إيقاع الطلاق.

(٥) مجيء الغد.

(٦) العتق.

(٧) قوله: "أصله" أي أصل ما ذكرنا، وقاعدته أن الاستطاعة أي القدرة مع جميع ما يتوقف عليه التأثير يقارن الفعل. (عبد)

(٨) قوله: "فيكون إلخ" لأن التطليق مقارن للإعتاق على ما ذكرنا، والإعتاق مقارن للعتق؛ لما ذكرنا أنه علة لا يتأخر عنها المعلول، فالتطليق يقارن العتق. (عناية)

(٩) أي ما إذا قال: أنت طالق مع عتق مولاك إياك.

(١٠) أي لكون الطلاق بعد العتق.

(١١) اتفاقًا.

(١٢) والواو للحال.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه علّق التطليقَ بإعتاق المولى، فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه، وبخلاف العدة؛ لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط، وكذا الحرمة الغليظة[1] يؤخذ فيها بالاحتياط، ولا وجه إلى ما قال[2]؛ لأن العتقَ لو كان يقارن الإعتاق؛ لأنه علتُه، فالطلاق يقارن التطليق؛ لأنه علته فيقترنان[3].

فصل[4] في تشبيه الطلاقِ ووصفه

ومَن قال لامرأته: أنتِ طالق هكذا، يشير بالإبهام، والسبّابة، والوسطى، فهي ثلاث؛ لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم[5]، قال عليه السّلام[6]: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا»* الحديث. وإن أشار بواحدة، فهي واحدة، وإن أشار بالثنتين، فهي ثنتان؛ لما قلنا[7]، والإشارة تقع بالمنشورة[8]

(١٣) يصادفها، وهي أمة.

(١) ولذا حرمت حرمة غليظة بالاثنين.

(٢) محمد.

(٣) أي الطلاق والعتق. (عبد)

(٤) قوله: "فصل إلخ" ذكر فصل وصف الطلاق بعد ذكر أصل الطلاق وتنويعه؛ لما أن الوصف تابع، فيتبع موصوفه. (نهاية)

(٥) يعني هكذا. (ف)

(٦) قوله: "الشهر هكذا إلخ" أخرجاه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «إنا أمة أمية لا نكتب ولانحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الإبهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلاثين» انتهى، وأخرجاه عن موسى بن طلحة عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا عشراً وعشراً وتسعاً» انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٠ ص٧١. (نعيم)

(٧) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد. (عناية)

(٨) أي يعتبر في عدد الطلاق الأصابع المنشورة.

منها، وقيل[١]: إذا أشار بظهورها[٢]، فبالمضمومة منها[٣]، وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة منها، فلو نوى الإشارةَ بالمضمومتين يصدّق ديانةً لا قضاءً، وكذا[٤] إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى[٥] ثنتان ديانةً. وفي الثانية[٦] واحدة[٧]؛ لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر[٨]، ولو لم يقل: هكذا، يقع واحدة؛ لأنه لم تقترن بالعدد المبهم، فبقي الاعتبار لقوله: أنتِ طالق. وإذا وصف الطلاق بضربٍ من الزيادة والشدة كان بائنًا، مثل أن يقول: أنت طالقٌ بائنٌ أو البتة. وقال الشافعي: يقع رجعيًا إذا كان بعد الدخول؛ لأن الطلاق[٩] شرع معقبًا للرجعة، فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو، كما إذا قال: أنت طالق على أن لا رجعة لي عليكِ[١٠]. ولنا[١١] أنه وصفه بما يحتمله لفظُه، ألا ترى أن البينونةَ قبل الدخول وبعد العدة تحصل به[١٢]، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد

---

(١) قوله: وقيل: إذا أشار إلخ" يعني أنه لا فرق بين الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الإشارة بها، وبين الأصابع الأخر، كذا في "الفوائد الظهيرية".

وقيل: إذا أشار [بأن جعل ظهرها إلى المرأة. ف] بظهورها فبالمضمومة منها، يعني هذا إذا جعل باطن الكف إليها، فأما إذا جعل ظهر الكف إليها، وبطون الأصابع إلى نفسه، فبالمضمومة منها. (نهاية)

(٢) قوله: "إذا أشار إلخ" فإن أشار ببطونها بأن يجعل باطن الكف إليها تعتبر عدد ا لأصابع المنشورة، وإن أشار بظهورها بأن يجعل باطن الكف إلى نفسه تعتبر المضمومة. (مجمع الأنهر)

(٣) لمكان العادة.

(٤) أي يصدق ديانة.

(٥) أي إذا نوى الإشارة بالمضمومتين حال النشر.

(٦) أي إذا نوى الإشارة بالكف حال النشر.

(٧) قوله: "واحدة" لكن القاضي يعتبر الإشارة بالأصابع دون الكف. (حاشية ملا إله داد)

(٨) ولذا لا يصدق قضاء.

(٩) أي صريح الطلاق.

(١٠) فيقع رجعية.

(١١) قوله: "ولنا أنه وصفه" أي وصف الطلاق بالبينونة بقوله: أنت طالق بائن، والطلاق يحتمل البينونة، ألا ترى إلخ. (نهاية)

(١٢) قوله: "تحصل به" أي بالتطليق؛ لأنه لا تأثير للأجل في ثبوت البينونة، والفقه أن الطلاق في الأصل

المحتملين[١]، ومسألة الرجعة[٢] ممنوعةٌ، فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث؛ لما مر من قبل[٣]، ولو عنى بقوله: أنتِ طالق واحدة، وبقوله: بائن أو البتة أخرى يقع تطليقتان بائنتان[٤]؛ لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع.

وكذا[٥] إذا قال: أنتِ طالق أفحش الطلاق؛ لأنه إنما يوصف بهذا الوصف[٦] باعتبار أثره، وهو[٧] البينونة في الحال، فصار كقوله: بائن، وكذا إذا قال: أخبث الطلاق، أو أسوأه؛ لما ذكرنا[٨].

وكذا إذا قال: طلاق الشيطان، أو طلاق البدعة؛ لأن الرجعي هو السنة، فيكون البدعةُ وطلاقُ الشيطان بائنًا[٩].

يوجب البينونة في الحال؛ لأنه شرع لرفع قيد النكاح وقطعه، والأصل أن السبب إذا انعقد يتعجل حكمه إلا أن النص رد بالتأجيل إلى انقضاء العدة في صريح الطلاق، إذا لم يتصف بالبائن، فبقي ما عداه على ما اقتضاه القياس. (حاشية ملا إله داد الجونفوري رحمه الله تعالى)

(١) البائن والرجعي.

(٢) أي إذا قال: أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك.

(٣) قوله: "لما مر من قبل" وهو أن نية الثلاث إنما صحت لكونه جنسًا إلى آخر ما ذكر في أول باب إيقاع الطلاق، كذا ذكر في الشرح. (ملا إله داد)

(٤) قوله: "يقع تطليقتان بائنتان" على أن التركيب خبر بعد خبر؛ لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع بأن يقول: أنت بائن، أو أنت البتة، ونوى به الطلاق يقع، وههنا طالق قرينة، فاستغنى به عن النية، فلم يحتج إليها كما يحتاج إلى النية لو أفرد، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية؛ إذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها، وذلك منتفٍ باتصال البائنة الثانية، فلا فائدة في وصفها بالرجعية، وكل كناية قرنت به طالق يجرى فيها ذلك، فيقع ثنتان بائنتان. (فتح القدير)

(٥) أي يقع بائنة.

(٦) الأفحش.

(٧) الأثر.

(٨) من أنه إنما يوصف إلخ.

(٩) قوله: "بائنًا" هذا على رواية الأصل المستقيم؛ لأن البائن ليس بسني على رواية أما على رواية "الزيادات" من أن البائنة الواحدة لا يكره، فينبغي أن لا يتعين البائن بقوله: طلاق الشيطان أو البدعة. (ملا إله داد)

وعن أبي يوسف في قوله: أنتِ طالق للبدعة أنه لا يكون بائنًا إلا بالنية؛ لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع[١] في حالة حيضٍ، فلا بد من النية. وعن محمد أنه إذ قال: أنتِ طالق للبدعة، أو طلاق الشيطان يكون رجعيًا؛ لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض، فلا يثبت البينونة بالشك. وكذا إذا قال: كالجبل؛ لأن التشبيه به[٢] يوجب زيادةً لا محالة، وذلك بإثبات زيادة الوصف، وكذا إذا قال: مثل الجبل؛ لما قلنا[٣]. وقال أبو يوسف: يكون رجعيًا؛ لأن الجبلَ شيء واحد، فكان تشبيهًا به[٤] في توحُّده. ولو قال لها: أنتِ طالق أشد الطلاق، أو كألف، أو مِلءَ البيت: فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثًا، أما الأول: فلأنه وصفه بالشدة، وهو[٥] البائن؛ لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض، أما الرجعي فيحتمله[٦]، وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر[٧]. وأما الثاني: فلأنه قد يراد بهذا التشبيهُ في القوة تارةً، وفي العدد أخرى يقال: هو ألف رجل، ويراد به القوة. فيصح نية الأمرين[٨]، وعند فقدانها يثبت أقلّهما[٩].

وعن محمد: أنه يقع الثلاث عند عدم النية؛ لأنه[١٠] عدد، فيراد به

(١) وإن كان رجعيًا.

(٢) أي بالجبل.

(٣) من أنه يوجب زيادة.

(٤) أي بالجبل.

(٥) الشديد.

(٦) قوله: "أما الرجعي فيحتمله" أي الانتقاض بالرجعة، ومنع موجبه من الثبوت. (حاشية ملا إله داد)

(٧) والثلاث واحد حكمي، والمصدر لفظ فرد.

(٨) أي القوة والعدد.

(٩) أي القوة.

(١٠) أي لأن الألف.

التشبيه فى العدد ظاهراً، فصار كما إذا قال[١] : أنتِ طالقٌ كعدد ألفٍ.

وأما الثالث: فلأن الشيء قد يملأ البيتَ لعظمة[٢] فى نفسه، وقد يملأ لكثرته، فأيّ ذلك نوى صحت نيته، وعند انعدام النية ثبت الأقل[٣].

ثم الأصل[٤] عند أبى حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنًا أيّ شيء كان المشبَّه به[٥]، ذكر العظم أو لم يذكر؛ لما مر أن التشبيه يقتضى زيادةَ وصف. وعند أبى يوسف إن ذكر العظم يكون بائنًا وإلا فلا، أيّ شيء كان المشبه به؛ لأن التشبيه قد يكون فى التوحد على التجريد[٦]، أما ذكرُ العظم فللزيادة لا محالة. وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنًا، وإلا فهو رجعى، وقيل: محمد مع أبى حنيفة، وقيل: مع أبى يوسف، وبيانُه فى قوله: مثلَ رأس الإبرة[٧] مثل عظم رأس الإبرة، ومثلَ الجبل مثل عظم الجبل.

ولو قال: أنتِ طالق تطليقة شديدة، أو عريضة، أو طويلة، فهى واحدة بائنة؛ لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه[٨]، وهو البائن، وما

---

(١) فيقع ثلاثا.

(٢) وفى نسخة: لعظمته.

(٣) أى الواحد البائن.

(٤) أى الأمر الكلى.

(٥) قوله: "أى شيء كان المشبه به" احتراز عن قول زفر، فإن لوقوع البينونة عنده يشترط أن يكون المشبه به عظيما فى نفسه، وإلا فهو رجعي. وفى قوله: ذكر العظم أو لم يذكر، احتراز عن قول أبى يوسف، فإنه يشترط للبينونة عنده ذكر العظم لا غير على رواية هذا الكتاب. (ن)

(٦) من العظمة.

(٧)قوله: "مثل رأس الإبرة" فيقع البائن عند أبى حنيفة رضى الله عنه خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبى يوسف، مثل عظم رأس الإبرة يكون بائنًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، مثل الجبل يكون بائنًا عند أبى حنيفة وزفر، مثل عظم الجبل يكون بائنًا بالإجماع المركب، فعند أبى حنيفة لوجود التشبيه، وعند أبى يوسف لوجود ذكر العظم، وعند زفر لكون الجبل عظيما عند الناس. (نهاية)

(٨) الزوج.

يصعب تداركه يقال[١]: لهذا الأمر طولٌ، وعرضٌ.

وعن أبي يوسف: أنه يقع بها رجعية؛ لأن هذا الوصفَ لا يليق به[٢] فيلغو، ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته[٣]؛ لتنوع البينونة[٤] على ما مر[٥]، والواقع بها[٦] بائن.

فصل في الطلاق قبل الدخول[٧]

وإذا طَلّق الرجل امرأتَه[٨] ثلاثًا قبل الدخول بها، وَقَعْنَ عليها؛ لأن الواقع[٩] مصدر محذوف[١٠]؛ لأن معناه طلاقًا ثلاثًا على ما بيناه، فلم يكن قوله: "أنتِ طالق" إيقاعًا على حدة، فيقعن جملة.

فإن فرّق الطلاق[١١] بانت بالأولى، ولم تقع الثانية والثالثة، وذلك

(١) فهو كالبائن أيضا. (ب)

(٢) أي بالطلاق.

(٣) قوله: "ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته إلخ" أراد بالفصول ما ذكره من قول: طالق بائن، أو البتة، أو أفحش الطلاق، أو أخبثه، أو أسوأه، أو طلاق الشيطان، أو البدعة، أو أشده، أو كألف، وملء البيت، ومثل رأس إبرة، ومثل الجبل، وطالق تطليقة شديدة، أو عريضة، أو طويلة؛ لأنها كلها بوائن، والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة. (فتح القدير)

(٤) إلى الغليظة والخفيفة.

(٥) قوله: "ما مر" أشار به إلى قوله قبل صفحة: ويقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية، أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث. (ب)

(٦) أي بهذه الألفاظ.

(٧) قوله: "فصل في إلخ" لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل؛ لأن حصول غرض الشيء بعد وجوده، وقبله بالعوارض، فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض. (ف)

(٨) من غير تفريق. (عبد)

(٩) قوله: "لأن الواقع إلخ" وذلك لأن العدد إذا قرن بالكلام كان هو المقصود بالتكلم، فلا يعتبر اللفظ كلامًا قبل التكلم به. (إله داد)

(١٠) قوله: "مصدر محذوف" أي المصدر الذي يستدعيه ذكر الثلاث، إنما ذكر هذا ردا لقول من يقول: إن قوله: أنت طالق عامل بنفسه فيقع، والمرأة غير مدخولة فيلغو ذكر الثلاث؛ لأنها بانت لا إلى عدة، فقال: لا، بل الواقع ذكر العدد إذا كان العدد مقرونًا بقوله: أنت طالق. (نهاية)

(١١) لغير المدخول بها.

مثل أن يقول: أنتِ طالق طالق طالق؛ لأن كل واحد إيقاعٌ على حدةٍ[١]؛ إذ لم يذكر في آخر كلامه ما يُغيّر صدره[٢] حتى يتوقف عليه، فتقع الأولى في الحال، فتصادفها الثانية وهي[٣] مُبانة، وكذا إذا قال لها[٤]: أنت طالق واحدة وواحدة، وقعت واحدةٌ؛ لما ذكرنا[٥] أنها بانت بالأولى.

ولو قال لها[٦]: أنتِ طالق واحدة، فماتت قبل قوله: واحدة، كان باطلا[٧]؛ لأنه قرن الوصفَ[٨] بالعدد، فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحلّ قبل الإيقاع فبطل. وكذا إذا قال[٩]: أنت طالق ثنتين، أو ثلاثًا؛ لما بينا، وهذه تجانس[١٠] ما قبلَها من حيث المعنى، ولو قال[١١]: أنت طالق واحدة قبل واحدةٍ، أو بعدها واحدة، وقعت واحدة،

(١) قوله: "إيقاع على حدة" وذلك لأن الأولى حمل الكلام على التأسيس دون التأكيد. (ملا عبد الغفور)

(٢) كالعدد والشرط.

(٣) الواو حالية.

(٤) لغير المدخول بها.

(٥) آنفًا.

(٦) أي للمرأة مدخولة كانت أو غير مدخولة.

(٧) قوله: "كان باطلا" أي لا يقع شيء، بخلاف ما إذا مات الرجل بعد قوله: أنت طالق قبل قوله ثلاثا فهي طالق واحد؛ لأن الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فيما إذا ماتت المرأة، فكان العامل هو العدد، وذكر العدد حصل بعد موتها، فإذا مات الرجل، فلفظ الطلاق ههنا لم يتصل بذكر العدد، فبقي قوله: أنت طالق، وهو عامل بنفسه فيقع. (نهاية)

(٨) قوله: "لأنه قرن الوصف إلخ" [طالق] لا يقال: أنت طالق مستقل في تطليقة واحدة، فيجب أن يقع و حدة؛ لأنا نقول: أنت طالق إنما يفيد ذلك إذا لم يبين، فأما إذا بين بقوله: طلاقًا واحدًا، فإنما يقع بالبيان، لا بالمبين. لا يقال: إن قوله: واحدة ليس معتبرًا، وإنما يعتبر أحكام الكلام إذا كانا معتبرًا؛ لأنا نقول: لا نسلم الحصر. (عبد)

(٩) فماتت قبل قوله: ثنتين أو ثلاثا فيبطل.

(١٠) قوله: "وهذه تجانس" أي هذه المسائل الثلاث، وهي قوله: أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله: واحدة، وكذا لو ماتت قبل قوله: ثنتين، أو ماتت قبل قوله: ثلاثًا توافي ما قبلها، وهو قوله: وإذا طلق امرأته ثلاثًا قبل الدخول بها من حيث الدليل، وهو أن الواقع فيهما جميعًا ذكر العدد، لا ذكر الوصف وحده، إلا أن الحكم اختلف بينهما؛ لما أن ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل صادف المرأة وهي ميتة، فلم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه، بل بالعدد، وفيما قبل صادف المرأة العدد، وهي منكوحة، فوقع الثلاث لكون الواقع هو العدد، فكان الاعتبار في الصورتين للعدد، لا للوصف. (نهاية)

(١١) لغير المدخول بها.

والأصل أنه متى ذكر شيئين، وأدخل بينهما حرف الظرف[١] إن قرنها بهاء الكناية، كان صفة للمذكور آخرًا كقوله: جاءني زيدٌ قبله عمرٌو، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا كقوله: جاءني زيدٌ قبل عمرٍو، وإيقاعُ الطلاق في الماضي[٢] إيقاع في الحال؛ لأن الإسناد[٣] ليس في وسعه، فالقبليةُ في قوله: "أنتِ طالق واحدة قبل واحدة" صفة للأولى، فتبين بالأولى، فلا تقع الثانية[٤]، والبعديةُ في قوله: "بعدها واحدة" صفة للأخيرة، فحصلت الإبانة بالأولى.

ولو قال: أنتِ طالق واحدةٌ قبلها واحدةٌ تقع ثنتان؛ لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية، فاقتضى إيقاعَها في الماضي، وإيقاع الأولى في الحال، غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضًا، فتقترنان[٥] فتقعان. وكذا إذا قال: أنتِ طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان؛ لأن البعدية صفة للأولى، فاقتضى إيقاعَ الواحدة[٦] في الحال، وإيقاعَ الأخرى[٧] قبل هذه، فتقترنان. ولو قال: أنتِ طالق واحدة مع واحدة، أو معها واحدة تقع ثنتان؛ لأن كلمة مع للقِران. وعن أبي يوسف في قوله: "معها واحدةٌ" تقع واحدة؛ لأن الكناية تقتضي سبَق المكنى عنه[٨] لا محالة.

(١) أي كلمة الظرف. (عبد)

(٢) قوله: "وإيقاع الطلاق في إلخ" حاصله أنه أوقع الطلاق في الماضي، وليس ذلك في وسعه، فأثبتنا لازمه، وهو وقوع الطلاق في الحال؛ لئلا يلغو كلامه. (عبد الغفور)

(٣) إلى الماضي.

(٤) لعدم بقاء المحل، فإنها غير مدخولة.

(٥) الأولى والثانية.

(٦) الأولى.

(٧) الواحدة الثانية.

(٨) قوله: "تقتضي سبق المكني عنه [المرجع]" قلنا: نعم، لكن في الذكر لا في الوجود. (ملا إله داد)

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها[١]؛ لقيام المحلية[٢] بعد وقوع الأولى. ولو قال لها[٣]: إن دخلت الدار فأنتِ طالق واحدة وواحدة فدخلت، وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة.

وقالا: تقع ثنتان، ولو قال لها: أنتِ طالق واحدة وواحدة إن دخلتِ الدار، فدخلت طلقت ثنتين بالإجماع. لهما أن حرفَ الواو[٤] للجمع المطلق[٥]، فتعلقن[٦] جملة[٧]، كما إذا نصّ على الثنتين[٨]، أو أخر الشرط[٩]. وله أن الجمع المطلق يحتمل القِران والترتيب، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة، كما إذا نجز[١٠] بهذه اللفظة[١١]، فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك، بخلاف ما إذا أخر الشرط؛ لأنه مغيِّرٌ صدرَ الكلام، فيتوقف الأول[١٢] عليه، فيقعن جملة،

---

(١) قوله: "في الوجوه كلها" أي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها. (عناية)

(٢) لوجود العدة.

(٣) أي لغير المدخولة.

(٤) قوله: "لهما [في الخلافية] أن حرف إلخ" يعني أن الواو للجمع المطلق، وقد دخلت بين الأجزية، فيجمع بينها، فيقعن جملة، ونزلن جملة، كما إذا قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثا؛ لأن الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع، كما لو أخر الشرط، فإن تأخيره لا يغير موجب الكلام. (عناية)

(٥) قوله: "للجمع المطلق" أي من غير تعرض للترتيب والقران، فيثبت ما هو موجب كلامه، فتعلقن جملة. (إله داد)

(٦) الطلقات.

(٧) على الشرط، فيقعن بعد وجود الشرط.

(٨) وفي نسخة: الثلاث.

(٩) كما في المسألة الإجماعية.

(١٠) قوله: "كما إذا نجز [فتقع واحدة على ما مر. نهاية] إلخ" المعلق كالمنجز عند وجود الشرط، فكما وقع معلقًا وقع منجزًا، ففي صورة تقديم الشرط تعلق الثاني بواسطة الأول، فتنزل عند وجود الشرط كذلك، بخلاف صورة تأخير الشرط، فإن المجموع المقدم معلق بالشرط ابتداء. (عبد)

(١١) أي أنت طالق واحدة وواحدة.

(١٢) أي أول الكلام. (ب)

ولا مغيّر فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف، ولو عطف بحرف الفاء، فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي[(١)]، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق؛ لأن الفاء للتعقيب، وهو الأصح[(٢)].

وأما الضرب الثاني[(٣)] -وهو الكنايات[(٤)]- لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال؛ لأنها غير موضوعة[(٥)] للطلاق، بل تحتمله وغيرَه، فلا بد من التعيين[(٦)]، أو دلالتِه[(٧)].

قال[(٨)]: وهي على ضربين، منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي، ولا تقع بها[(٩)] إلا واحدة، وهي قوله: اعتدّي، واستبرئي رحمكِ، وأنتِ واحدة. أما الأولى[(١٠)]: فلأنها تحتمل الاعتداد[(١١)] عن النكاح، وتحتمل اعتدادَ نعم الله تعالى، فإن نوى الأوّل تعيّن بنيّته، فيقتضي

---

(١) قوله: "فيما ذكر الكرخي" فإنه جعل العطف بالواو والفاء سواء، فإن حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا، كما في صورة الواو سواء قدم الشرط أو أخر عندهما، خلافًا له. (عناية)

(٢) قوله: "وهو الأصح" لأن الفاء تدل على ترتيب الحكم. (عبد)

(٣) قوله: "وأما الضرب الثاني إلخ" ذكر في أول إيقاع الطلاق، الطلاق على ضربين: صريح وكناية، وفرغ من بيان أنواع الصريح، ثم شرع ههنا في بيان أنواع الكناية، وإنما قدم ذكر الصريح؛ لما أن الأصل في الكلام هو الصريح؛ إذ الكلام وضع للإفهام، والإفهام الكامل في الصريح.
وأما الكناية: ففيها ضرب قصور حتى ذهب أثره فيما يدرأ بالشبهات من الحدود. (نهاية)

(٤) قوله: "وهو الكنايات" الكناية: ما استتر المراد به، وحكمها: أن لا يجب العمل إلا بالنية، أو ما يقوم مقامه من دلالة الحال. (عناية)

(٥) قوله: "لأنها غير موضوعة" الأنسب أن يقول: إنها غير ظاهرة في الطلاق، إذ ربما يكون اللفظ موضوعًا للطلاق، ولم يكن ظاهراً مع أنه كناية، وربما يكون اللفظ مجازاً ظاهرا مع أنه صريح. (عبد)

(٦) بالنية.

(٧) قوله: "أو دلالته" أي دلالة التعيين كالغضب، وعند مذاكرة الطلاق، وإن لم تعين في الواقع. (عبد)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) وإن نوى الزيادة. (عبد)

(١٠) أي الكلمة الأولى.

(١١) يعني شمردن أوقات از جهت طلاق.

طلاقًا سابقًا[١]، والطلاقُ يعقب الرجعة.

وأما الثانية: فلأنها تُستعمل بمعنى الاعتداد؛ لأنه تصريح[٢] بما هو المقصود منه[٣]، فكان بمنزلته، وتحتمل الاستبراء[٤] ليطلقها.

وأما الثالثة: فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقةً واحدةً، فإذا نواه جُعل كأنه قاله، والطلاق يعقب الرجعة، وتحتمل غيره، وهو أن تكون واحدة عنده، أو عند قومه، ولما احتملت هذه الألفاظ[٥] الطلاق وغيرَه يحتاج فيه إلى النية، ولا يقع إلا واحدة؛ لأن قوله: أنتِ طالق فيها مقتضى[٦]، أو مضمر[٧]، ولو كان مظهرًا لا تقع بها إلا واحدة، فإذا كان مضمرًا أولى[٨].

وفي قوله: "واحدة" إن صار المصدر[٩] مذكورًا، لكن التنصيص على الواحدة ينافي نيةَ الثلاث[١٠]، ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة

---

(١) قوله: "فيقتضي إلخ" لأن الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح، فلا بد من تقديرًا لطلاق سابقًا. (عناية)

(٢) قوله: "لأنه تصريح بما هو المقصود منه"؛ لأن المقصود من الاعتداد استبراء رحمه، ليحصل له زوج آخر. (عبد)

(٣) الاعتداد.

(٤) قوله: "وتحتمل الاستبراء" [فإن نوى الأول تعين نيته، فيقضي طلاقا سابقا.] أي عن الحيض ليطلقها تطليقة سنية. (عبد)

(٥) الثلاثة.

(٦) قوله: "مقتضى" [في الأولين. عبد] وفي كون الأول من قبيل المقتضى بحث، وهو إنما يصح في المدخول بها؛ إذ لها اعتداد، أما في غير المدخول بها فلا يصح، فلا بد أن يصرف الاعتداد إلى الطلاق بطريق المجاز؛ لأن الطلاق سبب الاعتداد، ولا يخفى أن ذاك مبنى على أنه يكفي الإطلاق على السبب في الجملة، كما يقال في رعينا الغيث. (عبد)

(٧) في الثالث. (عبد)

(٨) أن لا تقع إلا واحدة.

(٩) قوله: "إن صار المصدر [فينبغي أن يصح نية الثلاث]" إن للوصل بغير الواو. (عبد الغفور)

(١٠) قوله: "ينافي إلخ" فيه أن الواحد كما يكون حقيقيا يكون اعتباريا، ولهذا صح إرادة مجموع الطلقات الثلاث من الطلاق. (عبد)

المشايخ(١)، وهو الصحيح؛ لأن العوام لا يميّزون بين وجوه الإعراب(٢).

قال(٣): وبقيةُ الكنايات(٤) إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنةً، وإن نوى ثلاثًا كان ثلاثًا، وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة، وهذا مثل قوله: أنت بائنٌ، وبتّةٌ، وبتْلةٌ(٥)، وحرامٌ(٦)، وحبلكِ على غاربكِ(٧)، والحقي لأهلكِ، وخليّةٌ(٨)، وبريةٌ، ووهبتكِ لأهلك، وسرّحتك(٩)، وفارقتك، وأمركِ بيدكِ(١٠)، واختاري، وأنتِ حرة، وتقنّعي(١١)، وتخمّري، واستبرِئي، واغربي(١٢)، واخرجي، واذهبي، وقُومي، وابتغي الأزواجَ(١٣)؛ لأنها تحتمل الطلاقَ وغيره، فلا بد من النية.

قال: إلا أن يكون في حالة مذاكرة الطلاق، فيقع بها الطلاقُ في

(١) قوله: "ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ" يعني سواء قال: أنت واحدة بالنصب، أو بالرفع، أو بالسكون، فقوله: وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينو؛ لكونه صفة للطلقة، أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى، وأنها حينئذٍ تكون صفة، وإن سكن فهو محتاج إلى النية، والصحيح أن الكل سواء. (ع)

(٢) قوله: "لا يميزون إلخ" فيه أن الخواص يميزون، فالمناسب أن لا يقع بالرفع منهم. (عبد)

(٣) أي القدوري.

(٤) قوله: "وبقية الكنايات" يعني أن الكنايات المشهورة ثلاث، منها يقع بها الطلاق الرجعي، وما عداها يقع بها البائن، وإلا لم يصح القول بأن ما عدا الثلاثة يقع بها البائن، إذا لا دليل عليه. (عبد)

(٥) كلاهما بمعنى القطع. (عبد)

(٦) قوله: "وحرام" وإنما يقع به البائن؛ لأن الرجعي لم يكن محرمًا. (عبد)

(٧) قوله: "حبلك على غاربك" الغارب بُن گردن، وإنما يقال: إذا أريد إرسال الإبل بحاله. (عبد)

(٨) قوله: "وخلية" أي عن النكاح، أو شيء آخر، وكذا البرية. (عبد)

(٩) گذاشتم.

(١٠) في المفوضة. (عبد)

(١١) من المقنعة، والخمار بمعنى المعجز. (عبد)

(١٢) أي ابعدي. (عبد)

(١٣) قوله: "وابتغي الأزواج" بمعنى انظري إلى الأزواج الأخر للزوجات، أو اطلبي الأزواج للتزوج. (عبد)

القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه[١]، قال[٢]: سوّى بين هذه الألفاظ[٣]، وهذ[٤] فيما لا يصلح ردًا.

والجملة في ذلك[٥] أن الأحوال ثلاثة: حالةٌ مطلقةٌ، وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب.

والكنايات[٦] ثلاثة أقسام: ما يصلح جوابًا وردًا[٧]، وما يصلح جوابًا لا ردًا[٨]، وما يصلح جوابًا ويصلح سبًا وشتيمةً، ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقًا إلا بالنية، والقول قوله[٩] في إنكار النية؛ لما قلنا[١٠].

وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق[١١] فيما يصلح جوابًا ولا يصلح

(١) قوله: "إلا أن ينويه" لا حاجة إليه إلا أن لا يجعل قوله: ولا يقع إلخ معطوفًا على قوله: فيقع بها الطلاق، بل على ما قبله. (عبد)

(٢) أي المصنف. (ب)

(٣) قوله: "سوّى إلخ" يعني أن القدوري سوى بين ألفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق، وليس على إطلاقه، بل إنما ذلك فيما لا يصلح ردًا، فلا بد من بيان، وبين بقوله: والجملة إلخ. (عناية)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "والجملة في ذلك" أي الأمر المجمل، والقاعدة في ذلك.

(٦) قوله: "والكنايات" أي مطلق الكنايات سواء وقع بها البائن أوالرجعي. (عبد)

(٧) قوله: "ما يصلح جوابا [لما سألته من الطلاق] وردا" [لما قالته. عبد] هو سبعة: اخرجي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنعي، استتري، تخمري. أما صلاحية هذا الألفاظ للرد، فأن يريد الزوج بقوله: اخرجي اتركي سؤال الطلاق، وكذلك اذهبي واغربي وقومي. وأما تقنعي عن القناعة، وقيل: من القناع، وهو الخمار، ومعنى الرد فيه، وهو أن ينوى اقنعي بما رزقك الله مني من أمر المعيشة، واتركي سؤال الطلاق واشغلي بالتقنع الذى هو أهم لك من سؤال الطلاق، وكذا قوله: استتري وتخمري؛ لأنهما من الستر والخمار. (عناية)

(٨) قوله: "وما يصلح جوابًا لا ردًا" ثمانية ألفاظ: خلية، برية، بائن، بتة، حرام، اعتدى، أمرك بيدك، اختاري، والخمسة الأولى تصلح للسب والشتم أيضًا. (ع)

(٩) مع يمينه. (عناية)

(١٠) قوله: "لما قلنا" إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، فلا بد من النية لتعيين أحد المحتملين. (ع)

(١١) أي في قوله: لم أنوِ الطلاق. (عناية)

ردًا في القضاء، مثل قوله: خليةٌ، وبريةٌ، بائنٌ، بتةٌ، حرامٌ، اعتدّى، امركِ بيدكِ، اختارى؛ لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق، ويصدق فيما يصلح جوابًا وردًا[١]، مثل قوله: اذهبى، اخرُجى، قومى، تقنعى، تخمرى، وما يجرى هذا المجرى[٢]؛ لأنه يحتمل الردّ، وهو الأدنى[٣]، فحُمل عليه. وفى حالة الغضب يصدّق فى جميع ذلك[٤] لاحتمال الردِّ أو السبّ، إلا فيما يصلح للطلاق، ولا يصلح للردّ والشتم كقوله: اعتدى، واختارى، وأمركِ بيدكِ، فإنه لا يصدق فيها[٥]؛ لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق. وعن أبى يوسف فى قوله: لا ملكَ لى عليكِ، ولا سبيل لى عليك، وخلّيت سبيلكِ، وفارقتكِ أنه يصدق فى حالة الغضب؛ لما فيها من احتمال معنى السب[٦].

ثم وقوعُ البائن بما سوى الثلاثة الأُوَل[٧] مذهبُنا، وقال الشافعى: يقع بها رجعى؛ لأن الواقع بها طلاق؛ لأنها كنايات عن الطلاق[٨]، ولهذا

---

(١) قوله: "ويصدق فيما يصلح جوابًا وردًا" لا جوابًا وشتمًا، وذلك لأن حال مذاكرة الطلاق يقتضى نعم أو لا، والشتم لا يناسبه، فيصرف إلى الجواب لا الشتم. (عبد)

(٢) مثل: اغربى واستترى.

(٣) أى الأسهل؛ إذ ليس فيه إثبات الشيء، بل إبقاء شيء بحاله. (عبد)

(٤) يعنى أقسام الكنايات. (عناية)

(٥) أى فى هذه الألفاظ الثلاثة.

(٦) قوله: "لما فيها من احتمال معنى السب" فإن قوله: "لا ملك لى عليك" يحتمل أن يكون معناه؛ لأنك أقل من أن تنسبى إلى ملكى، أو أنسب إليك بالملك، ولا سبيل لى عليك؛ لسوء خلقك، واجتماع أنواع الشر فيك، وخليت سبيلك لعداوتك، وفارقتك فى المضجع لدفرك، وعدم نظافتك. (عناية)

(٧) اعتدى وأشباهه.

(٨) قوله: "لأنها كنايات عن الطلاق" يعنى أنها مستعملة فى مفهوم الطلاق، لكن لا بطريق الصريح، ولهذا أى لأجل كونه كنايات تشترط النية، فيكون الطلاق مرادًا، وينتقص بها العدد أى يقل العدد بأن يصير مالكًا للتطليقتين بعد أن كان مالكًا لثلاثة، وذلك يقتضى إرادة الطلاق. (عبد)

تشترط النية، وينتقص(1) بها العددُ، والطلاق معقِب للرجعة كالصريح.

ولنا أن تصرف الإبانةِ صدر من أهله(2) مضافًا إلى محلِّه عن ولاية شرعية(3)، ولا خفاءَ في الأهلية والمحلية(4)، والدلالةُ على الولاية أن الحاجة ماسّة إلى إثباتها؛ كي لا ينسدّ(5) عليه(6) بابُ التدارك، ولا يقع(7) في عهدتها بالمراجعة من غير قصدٍ، وليست بكنايات(8) على التحقيق؛ لأنها عوامل(9) في حقائقها. والشرطُ تعين أحد نوعي البينونة دون الطلاق(10)، وانتقاصُ العدد لثبوت الطلاق(11)؛ بناءً على زوال الوصلة، وإنما يصح نية الثلاث فيها(12) لتنوع البينونة(13) إلى غليظة وخفيفة، وعند

---

(1) أي يحاسب هو في الطلاق.

(2) فكان صحيحًا لا محالة.

(3) أي ولاية الطلاق البائن.

(4) قوله: "ولا خفاء في الأهلية إلخ" أما الأهلية فلأن الزوج عاقل بالغ، وأما المحلية فلأن المرأة مملوكة بملك النكاح، والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إليه، وإذا صارت الحاجة ماسة إليه، كان له الولاية فيه؛ لأن الله تعالى جوز التصرفات فيما يحتاج. (عبد)

(5) قوله: "كي لا ينسد إلخ" يعني أن الرجل قد يكون نافرًا عن المرأة بسبب من الأسباب، فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع، ثم يبدو له، فلو لم يجد الواحد البائن طلقها ثلاثًا، ولا يرضى بالاستحلال، فينسد باب التدارك، وأما إذا وجد ذلك، فيتدارك بتجديد النكاح. (عناية)

(6) الزوج.

(7) قوله: "ولا يقع إلخ" فإنه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى أن توقع المرأة عليها نفسها، وقبلته بشهوة، فيثبت الرجعة، والزوج يريد فراقها. (عناية)

(8) عن الطلاق، كما فهم الشافعي.

(9) أي تستعمل في معانيها.

(10) قوله: "والشرط تعين إلخ" جواب عن قوله: ولهذا يشترط، وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق، كان دليلا على ما ذكرتم، وليس كذلك، بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الخفيفة والغليظة، لا للطلاق. (عناية)

(11) قوله: "وانتقاص العدد [جواب عن قوله: وينتقص بها العدد] إلخ" وتحقيقه أنه لا منافاة بين نقص العدد، والطلاق البائن، فكان النقص من حيث كونه طلاقًا بائنًا. (عناية)

(12) قوله: "وإنما يصح نية الثلاث إلخ" جواب سؤال أيضًا، وهو أن لفظ البائن لو كان عاملا بنفسه؛ لما

انعدام النية يثبت الأدنى(١).

ولا تصح نية الثنتين عندنا، خلافًا لزفر؛ لأنه عدد، وقد بيناه من قبل(٢)، وإن قال لها: اعتدى اعتدى اعتدى، وقال: نويت بالأولى طلاقًا، وبالباقي حيضًا دين(٣) في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق، فكان الظاهر شاهدًا له.

وإن قال: لم أنوِ بالباقي شيئًا، فهي ثلاث؛ لأنه لما نوى بالأولى الطلاق، صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة، فلا يُصَدق في نفي النية، بخلاف ما إذا قال: لم أنوِ بالكل الطلاق، حيث لا يقع شيء؛ لأنه لا ظاهر يكذبه. وبخلاف ما إذا قال: نويتُ بالثالثة الطلاق دون الأوليين، حيث لا يقع إلا واحدة؛ لأن الحالَ عند الأوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق.

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين؛ لأنه أمينٌ في الإخبار عما في ضميره، والقول قول الأمين مع اليمين.

صح نية الثلاث عندكم، كما لا تصح نية الثلاث في قوله: أنت طالق عندكم؛ لأنه عامل بنفسه. قلنا: صحة نية الثلاث لم تنشأ من أنه عامل بنفسه، بل نشأت من تنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة. (نهاية)

(١٣) قوله: "لتنوع البينونة إلخ" فإذا نوى الغليظة فقد نوى أحد نوعي الحرمة، فصحت نيته. (البرهاني)

(١) خفيفة.

(٢) قوله: "وقد بيناه إلخ" إشارة إلى قوله: في أوائل باب إيقاع الطلاق، ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسًا إلخ. (نهاية)

(٣) أي صدق.

باب تفويض الطلاق[١]

فصل في الاختيار

وإذا قال لامرأته: اختاري" يَنوي بذلك الطلاقَ، أو قال لها: طلّقي نفسكِ، فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن قامت منه[٢]، أو أخذتِ في عمل آخر، خرج الأمرُ من يدها؛ لأن المخيّرةَ لها المجلسُ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، ولأنه تمليك الفعل منها[٣]، والتمليكاتُ تقتضي جوابًا في المجلس، كما في البيع[٤]؛ لأن ساعات المجلس[٥] اعتبرت ساعةً واحدة[٦]، إلا أن المجلس تارةً يتبدل بالذهاب عنه، ومرةً بالاشتغال بعمل آخر؛ إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة، ومجلس القتال غيرهما.

ويبطل خيارها بمجرد القيام[٧]؛ لأنه دليل الإعراض، بخلاف الصرف[٨] والسلم[٩]؛ لأن المفسد هناك الافتراق[١٠] من غير قبضٍ.

---

(١) قوله: "باب تفويض [في هذا الباب ثلاثة فصول بالاستقراء. عناية] إلخ" لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق، شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة، وأخره لأن الأصل تصرف المرء بنفسه. (عناية)

(٢) المجلس.

(٣) قوله: "لأنه [أي لأن التفويض] تمليك إلخ" إذ لا يملك منعها من ذلك، وهذا أمارة المالكية. (إله داد)

(٤) فإن الإيجاب في البيع يقتضي جوابًا في المجلس.

(٥) قوله: "لأن ساعات إلخ" دليل على مفهوم الكلام أي لا يعتبر بانفصال الجواب عن التمليك طال المجلس أو قصر؛ لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة، وذلك لأن قوله: جوابًا في المجلس يدل على أنه لا يعتبر بانفصال الجواب. (إله داد)

(٦) ولهذا لو تكررت سجدة التلاوة في مجلس، وجبت سجدة واحدة.

(٧) قوله: "بمجرد القيام" أي قيامها ولم تذهب؛ لأنه دليل الإعراض، لا لأن المجلس يتبدل به؛ لأنه لا يتبدل بمجرد القيام حتى لا يتكرر عليه سجدة التلاوة. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "بخلاف الصرف إلخ" [أي بيع الأثمان بالأثمان] فإن في الصرف يشترط تقابض البدلين قبل

ثم لا بد من النية في قوله: "اختاري"؛ لأنه يحتمل تخييرَها في نفسها، ويحتمل تخييرَها في تصرف آخر غيره، فإن اختارت نفسها في قوله: اختاري، كانت واحدة بائنة.

والقياس أن لا يقع بهذا شيء، وإن نوى الزوج الطلاق؛ لأنه لا يملك الإيقاعَ بهذا اللفظ[1]، فلا يملك التفويضَ إلى غيره، إلا أنا استحسنّاه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها، أو يفارقها، فيملك إقامتَها مقامَ نفسه في حق هذا الحكم[2]، ثم الواقع بها بائن؛ لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها[3]، وذلك في البائن.

ولا يكون ثلاثًا وإن نوى الزوج ذلك؛ لأن الاختيار[4] لا يتنوع[5]، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع[6].

قال[7]: ولا بد من ذكر النفس[8] في كلامه، أو في كلامها حتى لو قال لها: اختاري، فقالت: قد اخترت، فهو باطل[9]؛ لأنه عرف

أن يتفرقا، وفي السلم يشترط قبض رأس المال قبل التفرق، وإن تحقق القبض بعد القيام عن المجلس قبل التفرق أيضًا يجوز. (ملخص الحواشي)

(٩) أي بيع آجل بعاجل.

(١٠) عن المجلس.

(١) اختاري.

(٢) أي الاستدامة والتفريق.

(٣) أي بنفسها.

(٤) فيه نظر؛ لأنه يتنوع إلى الأدنى والأعلى، كما مر عن قريب. (بناية)

(٥) فهو واحد.

(٦) إلى الخفيفة والغليظة، فلذا يصح النية هناك.

(٧) أي القدوري. (ب)

(٨) أو ما يقوم مقام النفس، كما سيجيء.

(٩) قوله: "فهو باطل" قلت: هذا إذا لم يصدقها الزوج أنها اختارت نفسها، أما إذا صدقها، فإنه يقع

بالإجماع، وهو في المفسر من أحد الجانبين، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم، ولا تعين مع الإبهام.

ولو قال: اختاري نفسكِ، فقالت: اخترت[١] تقع واحدة بائنة؛ لأن كلامه مفسّر، وكلامها خرج جوابًا له، فيتضمن إعادتَه[٢]. وكذا لو قال[٣]: اختاري اختيارة، فقالت: اخترت؛ لأن الهاء[٤] في الاختيارة تنبئ عن الاتحادِ والانفرادِ، واختيارُها نفسَها هو الذي يتحد مرة، ويتعدد أخرى، فصار مفسّرا من جانبه. ولو قال: اختاري، فقالت: اخترت نفسي، يقع الطلاق إذا نوى الزوج؛ لأن كلامها مفسّر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه، ولو قال: اختاري، فقالت: أنا أختار نفسي، فهي طالق. والقياس أن لا تطلق؛ لأن هـذا مجرد[٥] وعد[٦] أويحتمله[٧] فصار كما إذا قال لها[٨]: طلّقي نفسكِ، فقالت: أنا أطلق نفسي.

الطلاق بتصادقهما، وإن خرج الكلام مجملا منهما، كذا في "الشاهان".

وفيه نظر؛ لأن قوله: لأنه عرف إلخ يقتضي أن لا يقع الطلاق في المبهم، وإن صدقها الزوج؛ لأن المبهم ليس من ألفاظ الطلاق، اللهم إلا أن يعتبر التصادق تفسيرا. (حاشية ملا إله داد)

(١) أي نفسي.

(٢) قوله: "فيتضمن إعادته" أي إعادة كلامه، فكأنها قالت: اخترت ما أمرتني باختياره، وهو النفس.(عناية)

(٣) أي تقع واحدة بائنة.

(٤) قوله: "لأن الهاء" أي التاء في الاختيارة قد تنبئ عن الاتحاد؛ لكونها لمرة، والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها؛ لأنه يتحد مرة بأن قال لها: اختاري نفسك بتطليقة، ويتعدد أخرى بأن قال لها: اختاري نفسك بما شئت، أو بثلاث، فصار مفسّراً من جانبه، بخلاف اختيارها الزوج، فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح، وهو غير متعدد. (

(٥) لا إنشاء.

(٦) إن أراد الاستقبال.

(٧) إن لم يرد الاستقبال.

(٨) فإنه لا تطلق.

وجه الاستحسان: حديث عائشة رضى الله عنها[١] فإنها قالت: "لا، بل اختار الله ورسوله"*، واعتبره النبى عليه السّلام جوابًا منها، ولأن هذه الصيغة[٢] حقيقةٌ فى الحال[٣]، وتجوُّزٌ فى الاستقبال[٤]، كما فى كلمةِ الشهادة، وأداءِ الشهادة، بخلاف قولها: أطلق نفسى؛ لأنه تعذر حملُه على الحال؛ لأنه ليس بحكاية عن حالةٍ قائمة[٥]، ولا كذلك قولها: أنا أختار نفسى؛ لأنه حكاية عن حالة قائمة، وهو اختيارها نفسَها.

ولو قال لها: اختارى اختارى اختارى، فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى، أو الأخيرة، طلقت ثلاثًا فى قول أبى حنيفة، ولا يحتاج إلى نية الزوج[٦]. وقالا: تطلق واحدة، وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج[٧]؛ لدلالة التكرار[٨] عليه[٩]؛ إذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر.

(١) قوله: "حديث عائشة إلخ" قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة قالت: "لما أمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى، فقال: إنى ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك"، وقد علم أن أبوى لم يكونا ليأمرانى بفراقه، ثم قال: «إن الله تعالى قال لى يا أيها النبى ﴿قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا﴾ إلى قوله ﴿أجرًا عظيمًا﴾»، فقلت: أفى هذا أستأمر أبوىّ، فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم فعل أزواج النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم مثل الذى فعلت"، انتهى. وفى لفظ مسلم: بل اختار الله ورسوله. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٧١ ص٧١. (نعيم)

(٢) اختار.

(٣) قوله: "حقيقةٌ فى الحال" والحقيقة يمكن أن تكون مرادة، كما فى كلمة الشهادة، فإن الرجل إذا قال: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله يعتبر ذلك إيمانًا، لا وعداً بالإيمان، وكذا الشاهد، إذا قال: أشهد بكذا، فلا يصار إلى المجاز. (عناية)

(٤) قوله: "وتجوز إلخ" كتب النحو مشحونة بأن فيه ثلاث أقوال: قيل: هو مشترك، وقيل: هو حقيقة فى الحال، مجاز فى الاستقبال، وقيل: بالعكس، والأصح هوالقول الثانى، ولذا اختاره المصنف. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "لأنه ليس بحكاية إلخ" إذا التطليق فعل اللسان دون القلب، ولا كذلك الاختيار؛ لأن الاختيار فعل القلب، فيكون الذكر باللسان عبارة عن أمر قائم فى القلب كقوله: اشهد، كذا فى "الكافى". (د)

(٦) ولا إلى ذكر النفس.

(٧) وإن كانت من الكنايات.

(٨) فلا يحتاج إلى ذكر النفس.

لهما أن ذكر الأولى وما يجرى مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب[١]، ولكن يفيد من حيث الإفراد، فيعتبر فيما يفيد.

وله أن هذا وصف لغو[٢]؛ لأن المجتمع فى الملك[٣] لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان، والكلامُ للترتيب والإفراد من ضروراته، فإذا لغا فى حقّ الأصل، لغا فى حقّ البناء. ولو قالت[٤]: اخترت اختيارة، فهى ثلاث فى قولهم جميعًا؛ لأنها للمرة، فصارت كما إذا صرحت بها[٥]، ولأن الاختيارة للتأكيد، وبدون التأكيد[٦] يقع الثلاث، فمع التأكيد أولى.

ولو قالت[٧]: قد طلقت نفسى، أو اخترت نفسى بتطليقة، فهى واحدة يملك الرجعة[٨]؛ لأن هذا اللفظ[٩] يوجب الطلاق بعد انقضاء

(٩) الطلاق.

(١) قوله: " إن كان لا يفيد إلخ " فإن الأولى، والوسطى، والأخيرة كل منها اسم لفرد مرتب، وليس المحل محل ترتيب، فيلغو الترتيب، ويبقى الإفراد، فكأنها قالت: اخترت التطليقة الأولى؛ لأن معنى قولها: اخترت التطليقة الأولى اخترت ما صار إلى بالكلمة الأولى، والذى صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة، فكأنها صرحت بذلك، وفى ذلك يقع واحدة، فكذا ههنا. (عناية)

(٢) قوله: " وله أن هذا إلخ " أى لأبى حنيفة أن هذا وصف لغو؛ لأن المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان، فإن القوم إذا اجتمعوا فى مكان لا يقال: هذا أول، وهذا آخر، وإنما الترتيب فى فعل الأعيان يقال: هذا جاء أولا، وهذا جاء آخرا، وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذى هو للترتيب، وهو الأولى وأختاها. وإذا لغى اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الإفراد أيضًا؛ لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق، والإفراد من ضروراته، وإذا لغى فى حق الأصل، لغى فى حق البناء، وإذا لغى فى حقها بقى قولها: اخترت، وهو يصلح جوابًا للكل، فيقع الثلاث. (عناية)

(٣) قوله: " لأن المجتمع فى الملك إلخ " يعنى أن الطلقات الثلاث قد اجتمعت فى ملكها، حتى يقع الثلاث جملة باختيارها. (د)

(٤) فى جواب: اختارى اختارى اختارى.

(٥) أى بالمرة.

(٦) أى إذا اكتفى على قوله: اخترت.

(٧) يعنى فى جواب من قال: اختارى. (ع)

(٨) قوله: " فهى واحدة يملك إلخ " ومثله فى نسخ " الجامع الصغير "، والصواب أنه لا يملك الرجعة

العدة، فكأنها اختارت نَفسَها بعد العدة[١]. وإن قال لها: امركِ بيدكِ في تطليقة، أو اختاري تطليقةً، فاختارت نفسَها، فهي واحدة يملك الرجعة؛ لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة، وهي معقِبة للرجعة.

فصل في الأمر باليد[٢]

وإن قال لها[٣]: أمركِ بيدك، ينوى ثلاثًا، فقالت: قد اخترت[٤] نفسى بواحدة، فهي ثلاث؛ لأن الاختيار يصلح جوابًا للأمر باليد؛ لكونه تمليكًا كالتخيير، والواحدةُ صفة الاختيارة[٥]، فصار كأنها قالت: اخترت نفسى بمرة واحدة[٦]، وبذلك[٧] يقع الثلاث.

ولو قالت[٨]: قد طلقتك نفسى بواحدة، أو اخترت نفسى بتطليقة، فهي واحدة بائنة؛ لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف، وهو في الأولى الاختيارة[٩]، وفي الثانية التطليقة[١٠] إلا أنها تكون بائنةً؛ لأن التفويض[١١]

وطلقت بائنة، وهكذا ذكر في "الجامع الكبير"؛ لأن الاعتبار لجانب التفويض، ألا ترى أنه لو أمرها بطلاق يملك الرجعة، وطلقت بائنة، أو أمرها بالبائن وطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج، كذا في "الكافي". (إله داد)

(٩) قوله: "لأن هذا اللفظ" يعني قوله: قد طلقت نفسي، أو اخترت نفسي بتطليقة يوجب الطلاق أي البينونة بعد انقضاء العدة؛ لكونه من ألفاظ الصريح، وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا، فهذا اللفظ يوجب الرجعي. (عناية)

(١) قوله: "فكأنها اختارت إلخ" واعترض بأن المفوض إليها الاختيار الناجز، لا المضاف إلى ما بعد انقضاء العدة، ولو سلم، فينبغي أن يجب عليها العدة بعد انقضاءها، وليس كذلك، كذا في "الحاشية الحميدية". (د)

(٢) قوله: "فصل في الأمر باليد" لما ذكر باب تفويض الطلاق، ذكر فصول أنواع التفويض من الاختيار، والأمر باليد، والمشيئة إلا أنه قدم فصل الاختيار على غيره؛ لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضي الله عنهم.(ن)

(٣) هذه من مسائل الجامع. (ب)

(٤) في بعض النسخ ليس قد.

(٥) بيان كيفية الدلالة على الثلاثة.

(٦) أي بجميع ما فوضت إلى.

(٧) أي بقولها: اخترت نفسي بمرة واحدة.

(٨) يعني في جواب قوله لها: أمرك بيدك. (عناية)

(٩) قوله: "وهو في الأولى إلخ" [أي اخترت نفسي بواحدة] إنما أعاده لبيان قرينة المحذوف، فكأنه قال:

في البائن[١] ضرورةَ ملكِها أمرَها، وكلامُها خرج جوابًا له، فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورةً في الإيقاع. وإنما تصح نية الثلاث في قوله[٢]: أمركِ بيدكِ؛ لأنه يحتمل العمومَ والخصوصَ[٣]، ونيةُ الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: اختاري؛ لأنه لا يحتمل العمومَ، وقد حققناه من قبل[٤]. ولو قال لها: أمركِ بيدك اليوم، وبعد غد، لم يدخل[٥] فيه الليل[٦]، وإن ردّت الأمرَ في يومها، بطل أمرُ ذلك اليوم، وكان بيدها أمرُ بعد غدٍ؛ لأنه[٧] صرح بذكر وقتين[٨] بينهما وقت[٩] من جنسهما لم يتناوله الأمرُ[١٠]؛ إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل[١١]، فكانا

هو في الأولى الاختيارة؛ لدلالة اخترت عليها، فيكون في الثانية التطليقة؛ لدلالة طلقت عليها. (عناية)

(١٠) أي طلقت نفسي بواحدة.

(١١) قوله: "لأن التفويض إلخ" تقريره أن التفويض حصل في البائن ضرورة أنه ملكها أمرها، فإن تمليكها إياها أمرها يقتضي البينونة؛ لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية، وكلامها خرج جوابًا له، فيصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في إيقاع المرأة، فيكون كلامها مطابقًا لكلامه. (عناية)

(١) خبر أن.

(٢) دون اختاري. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه يحتمل العموم إلخ" قال شيخ الإسلام: الأمر اسم عام يتناول كل شيء، قال الله تعالى: ﴿والأمر يومئذٍ لله﴾ أراد به الأشياء كلها، وإذا كان الأمر اسمًا عامًا صلح اسمًا لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله: طلاقك بيدك. والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص، فيكون نية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: اختاري؛ لأنه لا يحتمل العموم، وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله: لأن الاختيار لا يتنوع. (ع)

(٤) أشار به إلى ما ذكر في فصل الاختيار بقوله: إذ الاختيار لا يتنوع. (ب)

(٥) حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق. (ع)

(٦) التي بعد اليوم.

(٧) دليل للمسألة الثانية.

(٨) اليوم وبعد غدٍ.

(٩) أي الغد.

(١٠) قوله: "لم يتناوله الأمر" فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق. (عناية)

أمرين[1]، فبردّ أحدهما لا يرتدّ الآخر.

وقال زفر: هما أمر واحد بمنزلة قوله: أنتِ طالق اليوم وبعد غد، قلنا: الطلاق[2] لا يحتمل التأقيت[3]، والأمرُ باليد يحتمله، فيوقت الأمرُ بالأوّل، ويجعل الثانى أمرًا مبتدأ.

ولو قال: أمرك بيدكِ اليوم وغدًا، يدخل الليل فى ذلك، وإن ردّت الأمرَ فى يومها، لا يبقى الأمر فى يدها فى الغد؛ لأن هذا أمر واحد؛ لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين[4] وقت من جنسهما[5] لم يتناوله الكلام، وقد يهجم الليل[6] ومجلس[7] المشورة[8] لا ينقطع، فصار كما إذا قال[9]: أمركِ بيدكِ فى يومين. وعن أبى حنيفة: أنها إذا ردّت الأمرَ فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا؛ لأنها لا تَملك ردّ الأمر[10] كما لا تملك ردّ

---

(١١) قوله: "إذذكر اليوم [وقع في غيرموقعه، وكان ينبغي أن يذكره عند قوله:لم يدخل فيه الليل(د)] بعبارة الفرد لا يتناول الليل" دليل لقوله: لم يدخل فيه الليل، وهو كما ترى إدراج ملبس، وإن كانَ ظاهراً.(ع)

(١) أى أمر اليوم، وأمر بعد الغد.

(٢) فالطلاق إذا وقع اليوم يكون بعد غد، ولا كذلك الأمر.

(٣) أى باليوم مثلا.

(٤) اليوم وغداً.

(٥) بل تخلل الليل.

(٦) قوله: "وقد يهجم إلخ" [دليل لدخول الليل] قد يقال: هذا يقتضى أن يدخل الليل عند ذكر اليوم منفردا عن ذكر الغد أيضاً، وأنه لا يدخل إلا عند ذكر اليوم والغد جميعاً. وجوابه أنه ليس بعلة مستقلة توجب عدم سقوط الأمر فى الليل؛ لأنه من الأمور النادرة، كما يشعر به قد التى هي للتقليل إذا دخلت على المضارع، بل هو مؤكد لدخوله، فيعتبر عند وجود ما يوجب الدخول، وهو تبعية الليل لليوم الآتى بعده، ولا يعتبر عند عدمه. (د)

(٧) والواو للحال.

(٨) قوله: "المشورة" بفتح الميم وضم الشين المعجمة الشورى، وجاء فيها بفتح الميم وسكون الشين. (ب)

(٩) فيدخل الليل.

(١٠) قوله: "لأنهالا تملك إلخ" أى ليس لها أن تقول: لا أقبل الأمر باليد بعد ما قال لها: أمرك بيدك، فإن الأمر باليد يثبت لها إذا قال: أمرك بيدك، كما يثبت إيقاع الطلاق عليها، إذا قال لها: أنت طالق من غير قبول

الإيقاع[١]. وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسَها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد، فكذا إذا اختارت[٢] زوجها برد الأمر؛ لأن المخيّر بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما. وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: أمركِ بيدك اليوم، وأمركِ بيدكِ غدًا، أنهما أمران؛ لما أنه ذكر لكل وقت خبرًا على حدة، بخلاف ما تقدم[٣]. وإن قال: أمركِ بيدك يوم يَقدم فلانٌ، فقدم فلان، ولم تعلم بقدومه، حتى جَنَّ الليل[٤]، فلا خيار لها؛ لأن الأمر باليد مما يمتد، فيُحمل اليوم المقرون به[٥] على بياض النهار، وقد حققناه من قبلُ[٦]، فيتوقت به، ثم ينقضي بانقضاء وقته. وإذا جعل أمرَها بيدها، أو خيّرها، فمكثت[٧] يوما ولم تقم، فالأمر في يدها[٨] ما لم تأخذ في عمل آخر؛ لأن هذا تمليك التطليق منها؛ لأن المالك مَن يتصرف برأي نفسه، وهي بهذه الصفة[٩]، والتمليك يقتصر على المجلس، وقد بيناه من قبل[١٠]. ثم إذا كانت تسمَع يعتبر مجلسُها[١١] ذلك، وإن كانت لا

منها، فكان الأمر باقيا في الغد. (نهاية)

(١) أي إذا وقع الطلاق منجزا.

(٢) في اليوم بأن ردت الأمر في اليوم.

(٣) أي أمرك بيدك اليوم وغداً.فإنه أمر واحد،

(٤) قوله: "جن الليل" أي أظلم يقال: جن عليه جنونا، وجنه الليل، وأجنه. (ب)

(٥) فليس المراد باليوم مطلق الوقت.

(٦) قوله: وقد حققناه من قبل" أي في آخر فصل إضافة الطلاق. (عناية)

(٧) هناك.

(٨) قوله: "فالأمر في يدها إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأنه قال قبل هذا:إذا قال أمرك بيدك اليوم وغداً، يدخل الليل في ذلك، وهذا يقتضي أن الأمر بيدها لا يبطل في يومين، وإن قامت عن المجلس؛ لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس؛ لما كان للتقييد بيومين فائدة؛ لأن المرأة إذا لم تقم عن مجلسها يومًا أو أكثر، لا يخرج الأمر من يدها، فهذا يقتضي أن يقتصر على المجلس، وبينهما تناف. (عناية)

(٩) فهي مالكة.

(١٠) قوله: "وقد بيناه من قبل" أي في فصل الاختيار من قوله: والتمليكات تقتضي جوابًا في المجلس، كما

تسمع[١]، فمجلس علمها[٢]، أو بلوغ الخبر إليها؛ لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق، فيتوقف على ما وراء المجلس[٣]، ولا يُعتبر مجلسه[٤]؛ لأن التعليق لازم في حقّه، بخلاف البيع؛ لأنه تمليك محض، ولا يشوبه التعليق، وإذا اعتبر مجلسها، فالمجلس تارةً يتبدل بالتحوّل[٥]، ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار[٦]. ويخرج الأمرُ من يدها بمجرد القيام[٧]؛ لأنه دليل الإعراض؛ إذ القيام يُفرّق الرأي، بخلاف[٨] ما إذا مكثت يومًا لم تقم، ولم تأخذ في عمل آخر؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر، فيبقى[٩] إلى أن يوجد ما يقطعه، أو يدل[١٠] على الإعراض، وقوله[١١]: مكثت يوما، ليس للتقدير به[١٢]، وقوله[١٣]: ما لم تأخذ في

في البيع.(ع)

(١١) أي الذي سمعت فيه. (عناية)

(١) لغيبة، أو لصمم. (عناية)

(٢) أي فيعتبر مجلس علمها.

(٣) قوله: "فيتوقف على ما وراء المجلس" كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك، فأنت طالق. (عناية)

(٤) قوله: "ولا يعتبر مجلسه [الزوج]" حتى لو قام وهي جالسة، فالخيار باق؛ لأن التعليق لازم في حقه، حتى لا يقدر على الرجوع؛ لكونه تصرف يمين من جانبه، بخلاف البيع، حيث يعتبر مجلسهما جميعًا، فأيهما قام من المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع؛ لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق، ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز. (عناية)

(٥) يعني إلى مجلس آخر. (ع)

(٦) يعني قوله: إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة إلى آخره. (عناية)

(٧) عن المجلس.

(٨) فإنه لا يخرج الأمر من يدها حينئذٍ.

(٩) الأمر.

(١٠) كالقيام.

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير".

عمل آخر، يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه، لا مطلق ا العمل.

ولو كانت قائمة فجلست[١]، فهي على خيارها؛ لأنه[٢] دليل الإقبال، فإن القعود أجمع للرأي، وكذا إذا كانت قاعدةً فاتكأت[٣]، أو متكئةً فقعدت؛ لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة، فلا يكون إعراضًا، كما إذا كانت محتبئةً[٤] فتربعت. قال رضي الله عنه[٥]: وهذه رواية "الجامع الصغير"، وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدةً فاتكأت، لا خيار لها؛ لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر، فكان إعراضًا، والأول[٦] هو الأصح[٧]، ولو كانت قاعدة فاضطجعت، ففيه روايتان عن أبي يوسف[٨]. ولو قالت: أَدْعُو أبي أستشيره، أو شهودًا أُشْهِدهم، فهي على خيارها؛ لأن الاستشارة لتحرّي الصواب، والإشهادَ للتحرز عن الإنكار، فلا يكون دليل الإعراض. وإن كانت تسير على دابة، أو في محمل فوقفت، فهي على خيارها، وإن سارت بطل خيارها؛ لأن سَيرَ الدابة ووقوفها مضاف إليها، والسفينة بمنزلة البيت[٩]؛ لأن سيرَها غير مضاف

(١٢) قوله: "ليس للتقدير به" أي باليوم لأنه لو زاد على ذلك، ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض، فهو باقٍ.

(١٣) أي قول محمد. (ب)

(١) بعد الأمر.

(٢) الجلوس.

(٣) بعد الاختيار.

(٤) قوله: "محتبئة" يقال: احتبى الرجل إذا جمع ظهره وساقيه بعمامة، أو يد يه. (ب)

(٥) أي المصنف. (ب)

(٦) أي قول محمد في "الجامع الصغير". (عناية)

(٧) لأن من حزبه أمر قد يستند للتفكر؛ لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود في حق القائم. (نهاية)

(٨) قوله: "ففيه روايتان عن أبي يوسف" في رواية الحسن عنه: لا يبطل، وفي رواية: يبطل، وهو قول زفر، ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قبل. (عناية)

(٩) قوله: "بمنزلة البيت" يريد بهذا أن السفينة متى سارت لا يبطل الخيار، بخلاف الدابة إذا سارت

إلى راكبها، ألا ترى أنه[١] لا يقدر على إيقافها، وراكبُ الدابة يقدر[٢].

فصل في المشيئة[٣]

ومَن قال لامرأته[٤]: طلِّقي نفسكِ، ولا نية له، أو نوى واحدة، فقالت: طلقت نفسي، فهي واحدة رجعية، وإن طلقت نفسَها ثلاثًا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها[٥]، وهذا[٦] لأن قوله: طلّقي" معناه افعلي فعلَ الطلاق، وهو اسم جنس، فيقع على الأدنى[٧] مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس، فلهذا[٨] تَعمل فيه نيةُ الثلاث، وينصرف إلى واحدة عند عدمها، وتكون الواحدة رجعيةً؛ لأن المفوّض إليها صريحُ الطلاق، وهو رجعي. ولو نوى الثنتين لا يصح؛ لأنه نيةُ العدد، إلا إذا كانت المنكوحة أمةً؛ لأنه جنس[٩] في حقّها.

وإن قال لها: طلِّقي نفسكِ، فقالت: أبنتُ نفسي، طلقت[١٠]، ولو قالت[١١]: قد اخترت نفسي لم تطلق؛ لأن الإبانةَ من ألفاظ الطلاق،

حيث يبطل الخيار. (عناية)

(١) أي أن الراكب.

(٢) على الإيقاف.

(٣) قوله: "فصل في المشيئة" قد تقدم وجه تقديم الاختيار، وبعده السؤال عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دوري فيسقط. (عناية)

(٤) قوله: "ومن قال لامرأته إلخ" ترجم الفصل بفصل المشيئة، فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة أولى. (ع)

(٥) قوله: "وقعن عليها" سواء طلقت جملة، أو متفرقة. (عناية)

(٦) أي وقوع الواحد في الأولى والثلاث في الثانية. (ب)

(٧) الواحد.

(٨) أي لاحتمال الكل.

(٩) قوله: "لأنه جنس" أي لأن الاثنين كل الجنس في حق الأمة، فإنها تكون مغلظة بالاثنين.

(١٠) رجعية.

(١١) في جواب طلقي نفسك.

ألا ترى أنه لو قال: "أبنتكِ" ينوي به الطلاق، أو قالت: أبنتُ نفسي، فقال الزوج: قد أجزتُ ذلك بانت، فكانت موافقةً للتفويض في الأصل[١] إلا أنها زادت فيه[٢] وصفًا، وهو تعجيل الإبانة، فيلغو الوصف الزائد، وثبت الأصل[٣]، كما إذا قالت[٤]: طلّقت نفسي تطليقة بائنة[٥]. وينبغي[٦] أن يقع تطليقة رجعية، بخلاف الاختيار[٧]؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: اخترتكِ، أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع، ولو قالت ابتداءً: اخترت نفسي، فقال الزوج: أجزت، لا يقع شيء إلا أنه[٨] عُرف طلاقا بالإجماع إذا حصل جوابًا للتخيير، وقولُه[٩]: طلقي نفسكِ ليس بتخيير فيلغو. وعن أبي حنيفة: أنه لا يقع شيء بقولها: أَبَنْتُ نفسي؛ لأنها أَتَتْ بغير ما فوّض إليها؛ إذ الإبانة[١٠] تغاير الطلاقَ.

وإن قال: طلِّقي نفسكِ، فليس له أن يرجع عنه؛ لأن فيه معنى اليمين[١١]؛ لأنه تعليق الطلاق بتطليقها، واليمين تصرفٌ لازمٌ، ولو قامت

---

(١) أي في أصل الطلاق.

(٢) أي في الجواب. (عناية)

(٣) قوله: "وثبت الأصل [أي الطلاق]" فيه نوع إشكال لما تقدم في الكنايات أن ثبوت الطلاق في أنت بائن مثلا بناء على زوال الوصلة، فيجب أن لا يثبت ههنا؛ لأنه لا يزول الوصلة. (إله داد)

(٤) في جواب طلقي نفسك.

(٥) فيقع أصل الطلاق.

(٦) قوله: "وينبغي إلخ" هذا شرح إطلاق جواب محمد، وهو قوله: طلقت، فإن محمداً لم يتعرض لوصف الإبانة، فكان رجعيًا؛ نظرًا إلى الطلاق، وهو المتيقن. (نهاية)

(٧) قوله: "بخلاف الاختيار" متعلق بقوله: لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق إلى آخره. (نهاية)

(٨) أي أن اخترت نفسي.

(٩) الزوج.

(١٠) قوله: "إذ الإبانة تغاير الطلاق" حقيقةً وحكمًا، فكان هذا إعراضًا، فلا يقع شيء، وخرج الأمر من يدها؛ لاشتغالها بما لا يعنيها. (إله داد)

(١١) التعليق.

عن مجلسها بطل ؛ لأنه تمليكٌ، بخلاف ما إذا قال لها: طلقي ضرّتكِ؛ لأنه توكيلٌ وإنابةٌ، فلا يقتصر على المجلس[١]، ويقبل الرجوع.

وإن قال لها: طلّقي نفسكِ متى شئتِ، فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده؛ لأن كلمة "متى" عامةٌ في الأوقات كلها، فصار كما إذا قال: في أيّ وقت شئتِ. وإذا قال لرجل: طلّق امرأتي، فله أن يطلقها في المجلس وبعده، وله[٢] أن يرجع؛ لأنه توكيل، وأنه استعانة[٣]، فلا يلزم[٤]، ولا يقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته: طلقي نفسكِ؛ لأنها عاملة لنفسها[٥]، فكان تمليكًا لا توكيلا.

ولو قال لرجل: طَلِّقْها إن شئتَ[٦]، فله أن يطلقها في المجلس خاصةً، وليس للزوج أن يرجع، وقال زفر رحمه الله: هذا والأوّل[٧] سواءٌ[٨]؛ لأن التصريح بالمشيئة كعدمه؛ لأنه[٩] يتصرف عن مشيئته، فصار كالوكيل بالبيع، إذا قيل له: بِعْه إن شئتَ[١٠].

ولنا أنه تمليك؛ لأنه علّقه بالمشيئة، والمالك[١١] هو الذي يتصرف عن

(١) فلا يبطل بالقيام.

(٢) أي للقائل.

(٣) بالغير في إيقاع الطلاق.

(٤) بل يصح الرجوع عنه.

(٥) أي لأن التي قال لها: طلقي نفسك.

(٦) قوله: "إن شئت" والمراد بالمشيئة في قوله: طلقها إن شئت هو المشيئة بمعنى رؤية المصلحة في الفعل والترك، أي طلق إن رأيت المصحلة فيه. (إله داد)

(٧) أي طلق امرأتي.

(٨) فله أن ... ـع، ولا يتقيد بالمجلس.

(٩) أي لأن الرجل الذي قال: طلق امرأتي.

(١٠) فلا يتقيد بالمجلس.

(١١) قوله: "والمالك إلخ" فإن تمليك الطلاق فيه معنى اليمين، وفي قوله: طلقها إن شئت، تمليك فيه

مشيئته، والطلاق[١] يحتمل التعليق، بخلاف البيع؛ لأنه لا يحتمله.

ولو قال لها: طلّقي نفسكِ ثلاثًا، فطلقت واحدة، فهي واحدة؛ لأنها ملكتْ إيقاعَ الثلاث، فتملك إيقاعَ الواحد[٢] ضرورة، ولو قال لها: طلِّقي نفسك واحدة، فطلقت نفسَها ثلاثًا، لم يقع شيء عند أبي حنيفة.

وقالا: يقع واحدة؛ لأنها أتت[٣] بما ملكَتْه وزيادةٍ، فصار كما إذا طلقها الزوج ألفًا[٤]. ولأبي حنيفة[٥]: أنها أتت بغير ما فوض إليها، فكانت مبتدأةً[٦]، وهذا لأن الزوج ملّكها الواحدةَ، والثلاث غير الواحدة؛ لأن الثلاث اسمٌ لعدد مركب مجتمع، والواحد فرد لا تركيب فيه، فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة، بخلاف الزوج؛ لأنه يتصرف بحكم الملك[٧]، وكذا هي في المسألة الأولى[٨]؛ لأنها ملكت الثلاث[٩]، أما

تعليق الطلاق بالمشيئة، والطلاق يحتمل ذلك، والبيع لا يحتمل ذلك التعليق بالشرط، فيلغو ذكر المشيئة فيه. (مخلص الحواشي)

(١) قوله: "والطلاق إلخ" جواب عن قياس زفر، صورة النزاع على البيع، فإن قيل: هذا توكيل البيع لا البيع نفسه، والتوكيل به قابل للتعليق، أجيب: بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع. (عناية)

(٢) قوله: "فتملك إيقاع إلخ" لأن مالك الكل مالك لكل أجزاءها، وهذه المسألة مذكورة من غير خلاف، وهو يشكل بما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد إذا قال: اختاري واختاري واختاري، فقالت: أجزت الأولى، أوالوسطى، لا يقع شيء عندهما؛ لأنه فوض إليها اختيار الثلاث، وقد اختارت واحدة، فلا يقع شيء عندهما، كذا في "الكافي" في فصل الأمر باليد، ووجه الإشكال ظاهر. (إله داد)

(٣) فيقع ما ملكته.

(٤) فيقع الثلاث.

(٥) قوله: "ولأبي حنيفة إلخ" حاصله أنه لما اشتغلت بغير ما فوض إليها، أعرضت عنه، فيكون رادة التفويض، ولما ردته خرج الأمر من يدها، ولم تبقَ مالكة للطلاق، فلا يصح إيقاعها، لا قصداً ولا ضمناً. (إله داد)

(٦) قوله: "فكانت مبتدأ [فلا يقع]" كما لو قال لها: طلقي نفسك، فطلقت ضرتها، فيتوقف على إجازتها. (عناية)

(٧) قوله: "لأنه يتصرف إلخ" يعني أنه تكلم بالطلاق، وهو من حيث إنه مالك الطلاق يملك ما شاء من العدد إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل، فإن المحل شرط النفاذ، لا شرط الإيجاب، وإذا كان كذلك صح إيجاب

ههنا لم تملك الثلاث، وما أتت بما فوّض إليها[1] فلغا.

وإن أمرها بطلاقٍ يملك الرجعة فطلقت بائنةً، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية، وقع ما أمر به الزوج، فمعنى الأول[2]: أن يقول لها الزوج: طلقي نفسكِ واحدةً أملكُ الرجعة، فتقول: طلقت نفسي واحدة بائنة، فتقع رجعية؛ لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا[3]، فيلغو الوصف، ويبقى الأصل. ومعنى الثانية: أن يقول لها: طلقي نفسك واحدة بائنة، فتقول: طلقت نفسي واحدة رجعية، فتقع بائنة؛ لأن قولَها واحدة رجعية لغو منها؛ لأن الزوج لما عيَّنَ صفة المفوَّض إليها، فحاجتُها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف[4]، فصار كأنها اقتصرت على الأصل، فيقع بالصفة التي عينَها الزوج بائنًا أو رجعيًا.

وإن قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا إن شئتِ، فطلقت واحدة، لم يقع شيء؛ لأن معناه إن شئتِ الثلاث[5]، وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت

الألف، فيثبت ما في ضمنها من إيجاب الثلاث أيضًا، وينفذ بقدر المحل، كذا في "الكافي". (د)

(٨) أي قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا، فطلقت واحدة.

(٩) وفي الثلاث الواحدة.

(١) أي الواحده.

(٢) قوله: "فمعنى الأول أن يقول إلخ" إنما قال: هذا مع أنه لو قال: طلقى نفسك، فقالت: أبنت نفسي يقع رجعية؛ لأن فيه اختلاف الرواية. وعن أبي حنيفة: أنه لو قال: أبنت نفسي في جواب قوله: طلقي نفسك، لم يقع شيء، والاختلاف فيما إذا أمرها بطلاق يملك الرجعة، وطلقت بائنة، فلا بد أن يفسر بما لا اختلاف فيه، كذا قيل. وفيه نظر؛ لأنه إذا قال: طلقي نفسك، فقالت: طلقت نفسي بائنة، يقع رجعية باتفاق الروايات، إنما الاختلاف فيما إذا قالت في جواب طلقي: أبنت نفسي. (إله داد)

(٣) آنفًا.

(٤) فيلغو ذكر الوصف.

(٥) قوله: "لأن معناه إن إلخ" فإن الشرط لا بد له من جزاء، فإما أن يكون المتقدم عليه، أو يقدر مثله متأخرًا، وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث، ولم يوجد بمشيئة الواحدة. (عناية)

الثلاث، فلم يوجد الشرط. ولو قال لها: طلقى نفسكِ واحدة إن شئتِ، فطلقت ثلاثًا، فكذلك عند أبى حنيفة؛ لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها[١]، وقالا: يقع واحدة؛ لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة، كما أن إيقاعَها إيقاعٌ للواحدة، فوجد الشرط. ولو قال لها: أنتِ طالق إن شئتِ، فقالت: شئتُ إن شئتِ، فقال: شئتُ، ينوى الطلاق بطل الأمر[٢]؛ لأنّه علّق طلاقها بالمشيئة المرسَلة[٣]، وهى أتت بالمعلقة[٤]، فلم يوجد الشرط، وهو[٥] اشتغال بما لا يعنيها، فخرج الأمر من يدها. ولا يقع الطلاق بقوله: "شئتُ" وإن[٦] نوى الطلاق؛ لأنه ليس فى كلام المرأة ذكر الطلاق؛ ليصير الزوج شائيًا طلاقَها، والنية لا تعمل فى غير المذكور، حتى لو قال: شئت طلاقِك، يقع إذا نوى[٧]؛ لأنه إيقاع مبتدأ؛ إذ المشيئة تنبئ عن الوجود[٨]، بخلاف قوله[٩]: أردت طلاقكِ؛ لأنه[١٠] لا ينبئ عن

(١) أى كما أن إيقاع الثلاث ليس إيقاعًا للواحدة فيما إذ قالت: طلقت نفسى ثلاثًا. (عناية)

(٢) أى لا يبقى لها الاختيار.

(٣) غير المعلقة.

(٤) أى بالمشيئة المعلقة.

(٥) أى الإتيان بالمعلقة.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "يقع إذا نوى" فيه بحث، فإنه إذا قال: شئت طلاقك أتى بلفظ صريح الطلاق، فينبغى أن لا يحتاج إلى النية. وأجيب بأن قوله: شئت طلاقك، قد يقصد وجوده ملكًا، وقد يقصد وجوده إيقاعًا، فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعًا.

(٨) قوله: "إذ المشيئة تنبئ عن الوجود" قيل: لأن المشيئة فى الأصل مأخوذة من الشىء، وهو اسم لموجود، فكان قوله: شئت بمعنى أوجدت، وإيجاد الطلاق بإيقاعه، بخلاف الإرادة، فإنها فى اللغة عبارة عن الطلب، قال ﷺ: «الحمى رائد الموت» أى طالبه. فإن قيل: ذهب علماءنا فى أصول الدين إلى أن الإرادة والمشيئة واحدة، فما هذه التفرقة. فالجواب أنه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد، وتسوية بالنسبة إلى الله تعالى؛ لأن ما شاء الله تعالى كان لا محالة، وكذا ما يريده بخلاف العباد. (عناية)

(٩) فإنه لا يقع.

الوجود. وكذا[1] إذا قالت[2]: شئتُ إن شاء أبي، أو شئتُ إن كان كذا، لأمر لم يجئ بعدُ؛ لما ذكرنا أن المأتيّ به مشيئة معلقة[3]، فلا يقع الطلاق، وبطل الأمر. وإن قالت[4]: قد شئتُ، إن كان كذا لأمرٍ قد مضى، طلقت؛ لأن التعليق بشرط كائن تنجيز، ولو قال لها: أنتِ طالق إذا شئتِ، أو إذا ما شئتِ، أو متى شئتِ، أو متى ما شئتِ، فردتِ الأمر لم يكن ردًا، ولا يقتصر على المجلس.

أما كلمةُ "متى"، و "متى ما" فلأنها للوقت، وهي عامة في الأوقات كلها؛ كأنه قال: في أيّ وقتٍ شئتِ، فلا يقتصر على المجلس بالإجماع، ولو ردّت الأمرَ، لم يكن ردًا؛ لأنه ملّكها الطلاقَ في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتدّ بالردّ، ولا تطلق نفسَها إلا واحدة؛ لأنها تعم الأزمان دون الأفعال، فتملك التطليق في كل زمان، ولا تملك تطليقًا بعد تطليقٍ.

وأما كلمةُ "إذا"، و "إذا ما" فهي و "متى" سواء عندهما، وعند أبي حنيفة إن[5] كان[6] يستعمل للشرط[7]، كما يستعمل للوقت، لكن الأمر صار بيدها، فلا يخرج بالشك[8]، وقد مرّ من قبلُ[9].

---

(١٠) أي لأن الإرادة.

(١) أي لا يقع الطلاق.

(٢) أي في جواب أنت طالق إن شئت.

(٣) وكان الطلاق معلقًا بالمشيئة المرسلة.

(٤) في جواب أنت طالق إن شئت.

(٥) وصلية.

(٦) أي إذا.

(٧) فيقتصر في المجلس، كما في إن.

(٨) قوله: "فلا يخرج بالشك" يعني لو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج، فلا يخرج بالشك.(ع)

(٩) قوله: "وقد مر من قبل" يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان. (عناية)

ولو قال لها: أنتِ طالق كلما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة، حتى تطلق نفسها ثلاثًا؛ لأن كلمة "كلما" توجب تكرار الأفعال، إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم، حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها، لم يقع شيء؛ لأنه ملكٌ مستحدث، وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثًا في كلمة واحدة[1]؛ لأنها توجب عمومَ الإفراد، لا عموم الاجتماع، فلا تملك الإيقاعَ جملةً وجمعًا[2].

ولو قال لها: أنتِ طالق حيث شئتِ، أو أين شئتِ، لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت من مجلسها، فلا مشيئة لها؛ لأن كلمة "حيث و أين من أسماء المكان، والطلاق لا تعلق له بالمكان، فيلغو[3]، ويبقى ذكر مطلق المشيئة، فتقصر على المجلس، بخلاف الزمان؛ لأن له تعلقا به[4]، حتى يقع في زمان دون زمان، فوجب اعتباره خصوصًا وعمومًا.

وإن قال لها: أنتِ طالق كيف شئتِ، طلقت تطليقة يملك الرجعة، معناه قبل المشيئة، فإن قالت: قد شئت واحدة بائنة، أو ثلاثًا، وقال الزوج: ذلك نويت، فهو كما قال؛ لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها

---

(١) فيما إذا قال لها: أنت طالق كلما شئت.

(٢) قوله: "فلا تملك الإيقاع جملةً وجمعًا" قيل: معناهما واحد، وقيل: الجملة هو أن يقول: طلقت نفسي ثلاثًا، والجمع أن يقول: طلقت واحدة وواحدة وواحدة، وهذا هو الظاهر. (عناية)

(٣) قوله: "فيلغو [ذكر المكان]" فإن قيل: لما لغا ذكر المكان بقي قوله: أنت طالق شئت، فينبغي أن يقع في الحال، كما لو قال: أنت طالق دخلت الدار. قلنا: نحملها على الشرط للتناسب بين الشرط والظرف؛ لأن كلا يفيد ضرباً من التأخير، فحملا عليه مجازًا، وجعلهما مجازاً عن إن أولى من جعلهما مجازاً عن إذا، و متى؛ لأن إن حرف الشرط، بخلاف غيرها، فكان المجاز عنه أولى، كذا في "الكافي"، فعلى هذا لو قال: مكان قوله: فيلغو، فيجعل مجازاً عن الشرط، لكان أولى. (إله داد)

(٤) قوله: "لأن له إلخ" أي لأن للطلاق تعلقًا به لوقوعه في زمان دون زمان، وأما إذا كان واقعًا في مكان، كان واقعا في جميع الأمكنة، فوجب اعتباره أي اعتبار الزمان خصوصًا، كما لو قال: أنت طالق غدًا، أو عمومًا كما لو قال: أنت طالق في أي وقت شئت. (ع)

وإرادته . أما إذا أرادت ثلاثًا، والزوجُ أراد واحدة بائنة أو على القلب[١]، تقع واحدة رجعية ؛ لأنه لغا تصرفُها ؛ لعدم الموافقة، فبقي إيقاع الزوج، وإن لم تحضره النية يُعتبر مشيئتها[٢] فيما قالوا ؛ جريًا على موجب التخيير[٣]. قال رضي الله عنه[٤]: قال[٥] في "الأصل"[٦]: هذا قول أبي حنيفة، وعندهما لا يقع[٧] ما لم توقع المرأة، فتشاء رجعية، أو بائنة، أو ثلاثًا، وعلى هذا الخلاف العتاق[٨]. لهما أنه فوّض التطليق إليها[٩] على أيّ صفةٍ شاءت، فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها ؛ ليكون لها المشيئة في جميع الأحوال، أعني قبل الدخول وبعده. ولأبي حنيفة[١٠]: أن كلمة "كيف" للاستيصاف[١١] يقال: كيف أصبحت[١٢]،

(١) أي أرادت واحدة بائنة، والزوج أراد ثلاثًا.

(٢) في الكم والكيف. (عناية)

(٣) فإن التخيير يوجب أن يعتبر مشيئتها.

(٤) قال رضي الله عنه [أي المصنف. ب] قال في الأصل إلخ" إنما قال في الكتاب: قال في "الأصل": هذا قول أبي حنيفة؛ لأن ما أورده في هذا الفصل من مسائل "الجامع الصغير"، وليس فيه ذكر قولهما، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة، فذكره ليبين ما أن ذكره في "الجامع الصغير"، إنما هو قوله، بدليل ما ذكر في الأصل. (عناية)

(٥) محمد. (ب)

(٦) المبسوط. (ب)

(٧) قوله: "لا يقع إلخ" أي لا يقع شيء قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء، فإذا شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعي، والبائن، والثلاث. (عناية)

(٨) قوله: "وعلى هذا الخلاف العتاق" يعني إذا قال لعبده: أنت حر كيف شئت، عتق عند أبي حنيفة، ولا حال للعتق يفوض عليه، وعندهما: لا يعتق حتى يشاء. (عناية)

(٩) لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقًا. (عناية)

(١٠) قوله: "ولأبي حنيفة أن إلخ" ههنا سؤال مشهور، وهو أن المفوض لا يحتاج إلى نية الزوج؛ لأنه لما فوض الأمر وجب أن تستقل بإثبات ما فوض إليها اعتبارًا بعامة التفويضات. وجوابه: أنه فوض إليها حال الطلاق، وهو مشترك بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة، فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما. (ع)

والتفويضُ في وصفه يستدعي وجود أصله، ووجود الطلاق بوقوعه.

وإن قال لها: أنتِ طالق كم شئتِ، أو ما شئت، طلقت نفسَها ما شاءت؛ لأنهما(١) يستعملان للعدد، فقد فوّض إليها أيّ عدد شاءت، فإن قامت من المجلس بطل(٢)، وإن ردّت الأمر، كان ردا؛ لأن هذا أمر واحد(٣)، وهو خطاب في الحال، فيقتضي الجواب في الحال(٤).

وإن قال لها: طلقي نفسكِ من ثلاثٍ ما شئتِ، فلها أن تطلق نفسها واحدة، أو ثنتين، ولا تطلق ثلاثًا عند أبي حنيفة.

وقالا: تطلق ثلاثًا إن شاءت؛ لأن كلمة "ما" محكمة في التعميم، وكلمة "مِنْ" قد تستعمل للتمييز(٥)، فيُحمل على تمييز الجنس، كما إذا قال: كُل من طعامي ما شئت، أو طلق من نسائي من شاءت.

ولأبي حنيفة: أن كلمة "من" حقيقة للتبعيض، و "ما" للتعميم، فيُعمل بهما(٦)، وفيما استشهدا(٧) به تُرِكَ التبعيض(٨)؛ لدلالة(٩)

(١١) أي لطلب الوصف، لا لطلب الأصل. (عناية)

(١٢) أي على أي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك. (عناية)

(١) قوله: "لأنهما [يعني كم وما] يستعملان الخ" فإن قيل هذا في "كم" مسلم، وأما في "ما" فهي مستعملة للوقت، ولا يستعمل للعدد، قال الله تعالى ﴿ما دمت حيا﴾، فوقع الشك في تفويض العدد إليها، فلا يثبت العدد بالشك. أجيب: بأن جانب العدد مرجح بأصل آخر، وهو أن هذا تفويض بمعنى التمليك؛ لأنه تفويض إلى المرأة أمر نفسها، والتمليكات تقتصر على المجلس، وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت.(عناية)

(٢) قوله: "بطل" لما ذكرنا أنه تمليك، والتمليك يقتصر على المجلس. (عناية)

(٣) قيل: احتراز عن كلما، وقيل: عن إذا ومتى. (عناية)

(٤) فإذا ردت الأمر قد حصل الجواب بعده لعدم التكرار. (عناية)

(٥) قوله: "قد تستعمل للتمييز" يعني للبيان كما في قوله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾، وقد يكون للتبعيض، وقد يكون لغيرهما، كما عرف ذلك، فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل، فيحمل المحتمل على المحكم، ويجعل بيانًا. (عناية)

(٦) بأن يجعل المراد بعضًا عامًا.

إظهار السماحة(١)، أو لعموم الصفة(٢)، وهى المشيئة حتى لو قال: من شئتَ، كان على الخلاف(٣).

باب الأيمان فى الطلاق(٤)

وإذا أضاف الطلاقَ إلى النكاح، وقع عقيب النكاح، مثل أن يقول لامرأة: إن تزوجتكِ، فأنتِ طالق، أو كلّ امرأة أتزوجها، فهى طالق، وقال الشافعى: لا يقع؛ لقوله عليه السلام(٥): «لا طلاق قبل النكاح»*. ولنا أن هذا تصرف يمين؛ لوجود الشرط والجزاء، فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال؛ لأن الوقوع(٦) عند الشرط، والملك متيقن به عنده(٧)، وقبل ذلك(٨) أثره المنع(٩)، وهو قائم بالمتصرف(١٠).

---

(٧) الصاحبان.

(٨) بدليل خارجى. (عناية)

(٩) قوله: "لدلالة" لأن فى العرف يراد بمثل هذا الكلام إظهار السماحة والكرم. (ب)

(١) فى الأول.

(٢) قوله: "أو لعموم الصفة [فى الثانى]" وهى المشيئة، فإن النكرة إذا اتصف بصفة عامة تعم، كما عرف، وههنا كذلك حتى لو قال: من شئت كان على الخلاف. (عناية)

(٣) قوله: "كان على الخلاف [المذكور بين الإمام وصاحبيه]" فإن قلت: كما أن صفة الفاعلية عامة فى قولنا: من شاءت، وقد اعتبر عمومها فى تعميم النكرة كذلك صفة المفعولية عامة فى قولنا: من شئت، فوجب أن يعتبر فى تعميم النكرة. قلت: لأن صفة المفعولية غير مذكورة، وإنما يثبت بالضرورة، فلا يعتبر بالتعميم. (د)

(٤) قوله: "باب الأيمان فى الطلاق" لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق -وهو الأصل صريحًا وكنايةً- شرع فى بيان تعليقه، وهو الفرع، إما لأنه مركب بذكر الطلاق وحرف الشرط، والمركب فرع على المفرد، أو لأنه ليس بعلة فى الحال لعروض حرف الشرط، والأصل عدمه، ثم اعلم أن اسم اليمين كما يقع على الحلف بالله تعالى، فكذلك يقع على ذكر شرط وجزاء. (نهاية)

(٥) رواه ابن ماجة فى "سننه" عن المسور بن مخرمة. (تخريج زيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٠، والدراية ج٢: الحديث ٥٧٢ ص٧١. (نعيم)

(٦) أى وقوع الطلاق.

(٧) قوله: "والملك متيقن به عنده" أى عند التزوج؛ لأن التزوج المطلق فى الأيمان والتوكيل يقع على

والحديث(١) محمول على نفى التنجيز(٢)، والحمل(٣) مأثور(٤) عن السلف(٥) كالشعبى(٦) والزهرى(٧) وغيرهما(٨).

وإذا أضافه إلى شرط، وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق، وهذا بالاتفاق(٩)؛ لأن الملك(١٠) قائم فى الحال(١١)، والظاهر بقاءه إلى وقت وجود الشرط، فيصح يمينًا(١٢)، أو

الصحيح، والنكاح الصحيح النافذ يوجب الملك يقينًا. (إله داد)

(٨) قوله: "وقبل ذلك" أى قبل وجود الشرط أثره المنع، وهو قائم بالمتصرف؛ لأنه يمين، ومحله ذمة الحالف، فلا يكون شرطًا في ذلك الوقت. (عناية)

(٩) قوله: "أثره المنع" ولا أثر له فى المحل قبله؛ لعدم اتصاله، فلا يشترط قيام الملك فيه فى الحال. (د)

(١٠) لا بالمحل.

(١) يعنى ما رواه الشافعي. (غناية)

(٢) قوله: "محمول على نفى التنجيز" لأنه نفى التطليق والتعليق ليس بتطليق، حتى لو حلف لا يطلق، فعلق طلاقها، لا يحنث قبل وجود الشرط؛ لأنه لم يطلق بعد ،فعلى هذا لو قال: معناه نفى التنجيز، لكان أولى، فكأنه قال: محمول بطريق التسليم. (د)

(٣) على التنجيز.

(٤) قوله: "مأثور إلخ" قد يقال: تأويل الصحابى والتابعى ليس بحجة، والحمل تأويل، فلا يجدى ذلك نفعًا. (د)

(٥) أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن هؤلاء. (ب)

(٦) عامر.

(٧) محمد.

(٨) كمكحول وسالم بن عبد الله. (عناية)

(٩) قوله: "بالاتفاق" احتراز عن المسألة المتقدمة أعنى قوله: إن تزوجتك فأنت طالق؛ لأن فيها خلاف الشافعي، وقال الإنزارى: يجوز أن يكون احترازًا عن المسألة التى بعدها أعنى قوله لأجنبية: إن دخلت الدار إلخ، فإن فيها خلاف ابن أبى ليلى. (بناية)

(١٠) أى ملك النكاح.

(١١) أى وقت هذا التعليق.

(١٢) قوله: "فيصح يمينا" يعنى عندنا على ما مر، وإيقاعًا يعنى عند الشافعي، فإن عنده كونه طلاقًا معلق، لا التطليق، فكان إيقاعًا فى الحال، ولكن لم يثبت حكمه فيه. (عناية)

إيقاعًا. ولا تصح إضافة الطلاق[١] إلا أن يكون الحالف مالكًا[٢]، أو يضيفه إلى ملك؛ لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرًا[٣] ليكون[٤] مخيفًا، فيتحقق معنى اليمين، وهو القوة والظهور بأحد هذين[٥]، والإضافة إلى سبب الملك[٦] بمنزلة الإضافة إليه؛ لأنه ظاهر عند سببه.

فإن قال لأجنبية[٧]: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، ثم تزوّجها، فدخلت الدار لم تطلق؛ لأن الحالف ليس بمالك[٨]، وما أضافه إلى الملك وسببه، ولا بد من واحد منهما[٩].

وألفاظ الشرط[١٠]: إن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما؛ لأن الشرط مشتق من العلامة[١١]، وهذه الألفاظ مما يليها

(١) إلى الشرط.

(٢) للمحلوف عليه.

(٣) أي غالب الوجود والظهور. (عناية)

(٤) قوله: "ليكون" أي الإضافة إلى الشرط مخيفًا عن ارتكاب الشرط، فإنه لا يكون مخيفًا إلا إذا كان الجزاء نازلا، أو غالب النزول عند وجود الشرط، ولن يكون كذلك إلا أن يكون الحالف مالكًا، أو يضيفه إلى ملك. (إله داد)

(٥) أي الملك أو الإضافة إلى الملك.

(٦) قوله: "والإضافة إلى سبب الملك" كقوله: إذا اشتريتك فأنت حر، بمنزلة الإضافة إلى الملك كقوله: إن ملكتك فأنت حر. (عناية)

(٧) تفريع على ما مهد من الأصل. (ب)

(٨) للطلاق. (ب)

(٩) أي الملك، أو الإضافة إلى الملك.

(١٠) إنما لم يقل: حروف الشرط؛ لأن إن حرف وحده، والبواقي أسماء. (ب)

(١١) قوله: "مشتق من العلامة" [أي منقول من الشرط الذي بمعنى العلامة. د] قال في "الصحاح": الشرط بالتحريك العلامة، وأشراط الساعة علاماتها، فعلى هذا يكون معنى ما ذكر أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة؛ لأن المراد من الاشتقاق هو الاشتقاق الكبير، وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى، وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي، فيقدر ذلك فيستقيم. (عناية)

أفعال[١]، فتكون علاماتٍ على الحنث[٢]، ثم كلمة "إن" صرف للشرط؛ لأنه ليس فيها معنى الوقت، وما وراءها ملحق بها، وكلمة "كل" ليس شرطا حقيقة؛ لأن ما يليها اسم، والشرط ما يتعلق به الجزاء، والأجزية تتعلق بالأفعال، إلا أنه ألحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها، مثل قولك: كل عبد اشتريته فهو حر.

قال[٣]: ففى هذه الألفاظ إذا وجد الشرط، انحلّت وانتهت اليمين؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغةً، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط، ولا بقاء لليمين بدونه[٤]، إلا فى كلمة كلما، فإنها تقتضى تعميم الأفعال، قال الله تعالى: ﴿كلما[٥] نَضِجَتْ جلودهم[٦]﴾ الآية، ومن ضرورة التعميم[٧] التكرار. قال[٨]: فإن تزوّجها بعد ذلك[٩] أى بعد زوج آخر،

(١) قوله: "وهذه الألفاظ مما يليها أفعال" يعنى غير كلمة كل، فإنه فيما يليها اسم، وفى كلامه نظر؛ لأنه استدلال على الموضوعات اللغوية، وليس ذلك طريق معرفتها، وإنما طريق ذلك السماع، وهذه الألفاظ سمعت مستعملة فى مواضع الشرط، فلا حاجة إلى الاستدلال، ولئن صح الاستدلال، فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه؛ لأن مطلوبه أن هذه الألفاظ للشرط، ودليله أن الشرط مشتق من العلامة، وهو مسلم على الوجه الذى قررناه.
وهذه الألفاظ مما يليها أفعال، وهذا أيضًا مسلّم، ولكن قوله: فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين، وهو ظاهر. (عناية)

(٢) قوله: "فتكون إلخ" أى يكون وجود الأفعال علامات على الحنث، والحنث هو وقوع الجزاء. (ع)

(٣) أى القدورى. (ب)

(٤) الشرط.

(٥) قوله: "كلما" أخرج ابن جرير وابن أبى حاتم عن ابن عمر قال: قوله تعالى: ﴿كلما نضجت جلودهم﴾، يقول: كلما احترقت جلودهم بالنار بدلناهم جلودًا بيضاء. (الدر المنثور)

(٦) أى الكفار.

(٧) قوله: "ومن ضرورة التعميم إلخ" المراد بقوله: ومن ضرورة التعميم تعميم الأفعال؛ لأن الكلام فيه، والتعميم فى الأفعال إنما يكون بتجدد الأمثال، وهو المراد بالتكرار. (عناية)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "فإن تزوجها إلخ" أى إذا قال: كلما دخلت الدار، فأنت طالق، طلقت حتى ينتهى الثلاث، فإن

وتكرر الشرط لم يقع شيء ؛ لأن باستيفاء الطلقات الثلاثِ المملوكاتِ فى هذا النكاح لم يبقَ الجزاء، وبقاءُ اليمين به، وبالشرط، وفيه خلاف زفر، وسنقرره من بعد، إن شاء الله تعالى.

ولو دخلت[١] على نفس التزوج بأن قال: كلما تزوجتُ امرأة فهى طالق، يحنث بكل مرة[٢]، وإن كان بعد زوج آخر ؛ لأن انعقادها[٣] باعتبار ما يملك[٤] عليها من[٥] الطلاق بالتزوج، وذلك غير محصور.

قال[٦]: وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها[٧] ؛ لأنه لم يوجد الشرط فبقي، والجزاء باقٍ[٨] لبقاء محلّه[٩]، فبقى اليمين، ثم إن وجد الشرط فى ملكه[١٠]، انحلت اليمين، ووقع الطلاق ؛ لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء، فينزل الجزاء، ولا يبقى اليمين ؛ لما قلنا[١١].

وإن وجد فى غير الملك انحلت اليمين[١٢] ؛ لوجود الشرط، ولم يقع

تزوجها إلخ. (عناية)

(١) أى كلمة كلما. (ب)

(٢) بوقوع الجزاء.

(٣) اليمين.

(٤) الزوج.

(٥) بيان ما.

(٦) أى القدورى. (عنى)

(٧) قوله: "لا يبطلها" أى إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم أبانها لم يبطل اليمين. (عناية)

(٨) أيضاً.

(٩) أى المرأة، وإن لم يكن قابلا.

(١٠) كما إذا تزوجها، ثم وجد الشرط.

(١١) من أن اللفظ لا يدل على التكرار.

(١٢) كما إذا وجد الشرط قبل التزوج. (عناية)

شيء؛ لانعدام المحلية، وإن اختلفا فى الشرط[١]، فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو عدم الشرط، ولأنه منكر وقوع الطلاق وزَوال الملك، والمرأة تدّعيه.

فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها، فالقول قولها فى حق نفسها[٢] مثل أن يقول: إن حضْتِ فأنتِ طالق وفلانة، فقالت: قد حضتُ طُلّقت هى، ولم تطلق فلانة[٣]، ووقوعُ الطلاق استحسان، والقياس أن لا يقع؛ لأنه شرط، فلا تصدق كما فى الدخول[٤].

وجه الاستحسان أنها أمينة فى حق نفسها؛ إذ لا يعلم ذلك[٥] إلا من جهتها، فيقبل قولها، كما قيل فى حق العدة والغَشَيان[٦]، ولكنها شاهدة[٧] فى حق ضَرّتها، بل هى متهمة، فلا يقبل قولُها فى حقها[٨].

وكذلك لو قال[٩]: إن كنتِ تُحِبين أن يعذبكِ الله فى نار جهنم، فأنتِ

(١) أى فى وجود الشرط. (عناية)

(٢) لا فى غيرها.

(٣) قوله: "ولم تطلق فلانة" ليس على ظاهره، بل فيما إذا كذبها الزوج فى قولها: حضت، وأما إذا صدقها، فإنه يقع. (عناية)

(٤) أى إذا كان الشرط دخولها الدار، وقالت: دخلتُ، وأنكر الزوج، لا تصدق.

(٥) الشرط.

(٦) قوله: "كما قيل: فى العدة والغشيان [هو كناية عن الوطئ]" أما قولها فى العدة، فبأن تقول: قد انقضت، أو لم تنقض، وأما فى الغشيان، فيحتمل معنيين: أحدهما: أن يقول المطلقة الثلاث: انقضت عدتى، وتزوجت بزوج آخر، ودخل بى الزوج الثانى.
والثانى: أن نقبل قولها فى حق حل الجماع وحرمته بقولها: أنا طاهر أو حائض. (عناية)

(٧) بوقوع الطلاق عليها. (ب)

(٨) الضرة.

(٩) قوله: "وكذلك لو قال إلخ" إلا أن هذا يقتصر على المجلس، إن أخبرت بذلك فى المجلس يقع، ولا يقع فى غير ذلك المجلس؛ لأنه أثبت التخيير حيث جعل الأمر إلى اختيارها ومحبتها. وفى مسألة الحيض لا يقتصر؛ لأنه ليس فى معنى التمليك، بل هى نظيرة سائر التعليقات، فلا يقتصر على المجلس. (ن)

طالق، وعبدي حر، فقالت: أحبه، أو قال: إن كنتِ تحبيني، فأنتِ طالق، وهذه معكِ، فقالت: أحبكَ، طلقتِ هي، ولم يعتق العبد[١]، ولا تطلق صاحبتها[٢]؛ لما بينا[٣]، ولا يتيقن بكذبها[٤]؛ لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب[٥] التخليصَ منه بالعذاب، وفي حقها أن تعلق الحكم بإخبارها، وإن[٦] كانت كاذبة[٧]، ففي حقّ غيرها بقي الحكم على الأصل، وهي المحبة[٨]. وإذا قال لها: إذا حضتِ فأنتِ طالق، فرأتِ الدم، لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة أيام؛ لأن ما ينقطع دونه[٩] لا يكون حيضًا، فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت[١٠]؛ لأنه بالامتداد عرف أنه[١١] من الرحم، فكان حيضًا من الابتداء.

ولو قال لها: إذا حضتِ حيضة فأنت طالق، لم تطلق حتى تطهر من

(١) في الأول.

(٢) في الثاني.

(٣) من أنها أمينة في حق نفسها إلخ.

(٤) قوله: "ولا يتيقن إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أنه لما كان قبول قولها في حقها باعتبار الصدق، فإذا أخبرت بمحبة العذاب، ونحن نتيقن بكذبها في ذلك وجب أن لا يقبل قولها أصلا. (نهاية)

(٥) للجهل.

(٦) الواو وصلية.

(٧) في الإخبار.

(٨) لاالإخبار عن المحبة، وهي غير معلومة، فلهذا لا يعتق العبد، ولا تطلق صاحبتها.

(٩) أي دون ثلاثة أيام.

(١٠) قوله: "من حين حاضت" وفائدة هذا تظهر فيما إذا كانت المرأة غير مدخول بها، فإنها لما رأت دمًا، و تزوجت بزوج آخر، واستمر بها الدم ثلاثة أيام، كان النكاح صحيحًا؛ لانقطاعها من الزوج بأول ما رأت لا إلى عدة، وتظهر أيضا فيما إذا قال: إن حضت فعبدي حر، والمسألة بحالها كان العبد حرًا من حين رأت الدم، حتى كان الأكساب للعبد. (ن)

(١١) الدم.

حيضها؛ لأن الحيضة بالهاء[١] هى الكاملة منها[٢]، ولهذا حمل[٣] عليه[٤] في حديث[٥] الاستبراء[٦]*، وكمالُها بانتهاءها، وذلك[٧] بالطهر. وإذا قال: أنت طالق إذا صمتِ يومًا، طلقت حين تغيب الشمس فى اليوم الذى تصوم؛ لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد[٨] يراد به بياض النهار، بخلاف ما إذا قال لها[٩]: إذا صمتِ؛ لأنه لم يقدّره[١٠] بمعيارٍ، وقد وجد الصوم بركنِه وشرطِه.

ومن قال لامرأته: إذا ولدتِ غلامًا فأنتِ طالق واحدة، وإذا ولدتِ جارية فأنت طالق ثنتين، فولدت غلامًا وجارية، ولا يدرى أيّهما أول، لزمه فى القضاء تطليقة[١١]، وفى التنزه تطليقتان، وانقضت العدة؛ لأنها لو

(١) أى بالتاء.

(٢) لأن الفعل بالفتح للمرة، والمرة من الحيض لا يكون إلا بكمالها. (ب)

(٣) أى لفظ الحيضة.

(٤) أى على الكاملة.

(٥) قوله: "فى حديث إلخ" أخرجه أبو داود فى "سننه" عن شريك عن قيس بن وهب عن أبى الوداك عن أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال فى سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» انتهى. (ت)

(٦) أى طلب براءة الرحم.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٣ ص٧٢. (نعيم)

(٧) الانتهاء.

(٨) قوله: "إذا قرن بفعل ممتد [كالصوم] إلخ" مشكل بما مر من أن الصوم يطلق على الإمساك ساعة، ولهذا لو حلف لا يصوم، فأمسك ساعة من نهار لطيفة يحنث، فيجب أن يكون غير ممتد.
وجوابه أن المراد بالممتد هو أن يصح فيه ضرب المدة، لا أن يطلق على أدنى مدة، ولهذا قالوا: إن اللبس ممتد حيث يصح فيه ضرب المدة، والصوم مما يصح فيه ضرب المدة. (إله داد)

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا قال لها: إذا صمت" يعنى فصامت ساعة مقرونة بالنية طلقت، كذا ذكره الإمام التمرتاشى. (نهاية)

(١٠) أى الصوم.

(١١) قوله: "لزمه فى القضاء تطليقة" لأن التيقن فيها وفى الثانية شك، وفيما بينه وبين الله تعالى ينبغى أن

ولدتِ الغلام أولا وقعت واحدة، وتنقضي عدتها[١] بوضع الجارية، ثم لا تقع أخرى به؛ لأنه حال انقضاء العدة[٢]، ولو ولدتِ الجارية أولا وقعت تطليقتان، و انقضت عدتها[٣] بوضع الغلام، ثم لا يقع شيء آخر به؛ لما ذكرنا أنه حال الانقضاء، فإذًا في حالٍ يقع واحدة، وفي حالٍ يقع ثنتان، فلا يقع الثانية بالشك والاحتمال، والأولى أن نأخذ بالثنتين تنزهًا[٤] واحتياطًا، والعدة منقضية بيقينٍ؛ لما بينا.

وإن قال لها: إن كلمتِ أبا عمرو وأبا يوسف فأنتِ طالق ثلاثًا، ثم طلقها واحدة، فبانت وانقضت عدتها، فكلمت[٥] أبا عمرو، ثم تزوجها، فكلمت[٦] أبا يوسف، فهي طالق ثلاثًا مع الواحدة الأولى.

وقال زفر: لا يقع، وهذه[٧] على وجوه: إما أن وجد الشرطان في الملك، فيقع الطلاق، وهذا ظاهر، أو وجدا في غير الملك، فلا يقع، أو وجد الأول في الملك، والثاني في غير الملك، فلا يقع أيضًا؛ لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك، فلا يقع، أو وجد الأول في غير الملك، والثاني في الملك، وهي مسألة الكتاب الخلافيةُ[٨]، له اعتبار الأول بالثاني[٩] إذ هُما

نأخذ بالتطليقتين، حتى إذا كان طلقها قبل هذا واحدة، فلا ينبغي له أن يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره؛ لاحتمال أنها مطلقة ثلاثًا. (نهاية)

(١) فإن عدة الحامل وضع الحمل.

(٢) قوله: "لأنه حال انقضاء العدة" وحال انقضاءها حال زوال النكاح، والمزيل لا يعمل حال الزوال، كذا في "الكافي . (إله داد)

(٣) فإن عدة الحامل وضع الحمل.

(٤) قوله: "تنزها" المراد بالتنزه التباعد عن السوء. (نهاية)

(٥) حال عدم كونها زوجة.

(٦) حال كونها زوجة.

(٧) المسألة.

(٨) بيننا وبين زفر.

فى حكم الطلاق كشىء واحد[١].

ولنا أن صحةَ الكلام[٢] بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق[٣]؛ ليصير الجزاء غالبَ الوجود لاستصحاب الحال، فيصح اليمين، وعند تمام الشرط لينزل الجزاء؛ لأنه لا ينزل إلا فى الملك، وفيما بين ذلك الحال حالُ بقاء اليمين، فيَستغنى عن قيام الملك؛ إذ بقاءه بمحله، وهو[٤] الذمة. وإن قال لها: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ثلاثًا، فطلقها ثنتين، وتزوجت زوجًا آخر، ودخل بها، ثم عادت إلى الأول، فدخلت[٥] الدار، طلقت[٦] ثلاثًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هى طالقٌ ما بقى[٧] من الطلقات، وهو قول زفر.

وأصله[٨] أن الزوج الثانى يَهدم ما دون الثلاث[٩] عندهما، فتعود

---

(٩) فلو وجد الأول فى الملك، والثانى فى غير الملك لا يقع، كذا على العكس.

(١) قوله: "كشىء واحد" يعنى من حيث إن الطلاق لا يقع إلا بهما، صار الشرطان بمنزلة شرط واحد، ولو كان شرطًا واحدًا لما وقع بدون الملك، فكذلك هذا. (عناية)

(٢) قوله: "ولنا أن صحة إلخ" أى صحة هذا الكلام الذى هو اليمين بأهلية المتكلم، وهى قائمة به، فيكون صحته قائمة به، بأن يكون محله ذمته، ولا يحتاج إلى ملك، لكن شرطنا الملك حالة التعليق إلخ. (نهاية)

(٣) قوله: "إلا أن الملك إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لما كان محل اليمين الذمة ينبغى أن لا يشترط الملك عند وقت تعليق اليمين. فأجاب عنه، وقال: إنما يشترط الملك وقت التعليق؛ ليكون الجزاء غالب الوجود؛ لأن الملك إذا كان موجوداً وقت التعليق، فالظاهر بقاءه باستصحاب الحال إلى وقت وجود الشرط، وإذا لم يوجد الملك وقت التعليق، لا يكون الجزاء غالب الوجود، فلا يفيد اليمين فائدتها، وهى المنع عن الإقدام على وجود الشرط الذى يلزم منه نزول الجزاء. (نهاية)

(٤) المحل.

(٥) فى الملك.

(٦) وهى مسألة الهدم.

(٧) أى الواحد.

(٨) أى أصل الاختلاف.

إليه[١] بالثلاث، وعند محمد وزفر: لا يهدم ما دون الثلاث[٢]، فتعود إليه[٣] بما بقي، وسنبين من بعد[٤]، إن شاء الله تعالى.

وإن قال لها: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق ثلاثًا، ثم قال: أنتِ طالق ثلاثًا، فتزوجت غيره، ودخل بها، ثم رجعت إلى الأول، فدخلت الدار لم يقع شيء. وقال زفر: يقع الثلاث؛ لأن الجزاء ثلاث مطلقٌ لإطلاق اللفظ[٥]، وقد بقي احتمال وقوعها، فيبقى اليمين.

ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك[٦]؛ لأنها هي المانعة[٧]؛ لأن الظاهر عدمُ ما يحدثِ[٨]، واليمين تعقد للمنع، أو الحمل[٩]، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه[١٠]، وقد فات بتنجيز الثلاثِ المبطل للمحلية[١١]، فلا تبقى

---

(٩) أي الواحد والاثنين.

(١) أي إلى الزوج الأول.

(٢) أي الواحد والاثنين.

(٣) أي إلى الزوج الأول.

(٤) أي في آخر فصل ما تحل به المطلقة. (ب).

(٥) قوله: "لأن الجزاء ثلاث مطلقٌ لإطلاق اللفظ" إذ لم يقيد بطلقات في ملك دون ملك، فلا يتقيد، وقد بقي احتمال وقوعها أي نكاحها ثانيًا بعد تزوجها بزوج آخر فيبقى، فإذا وجد المحل يقع الجزاء.(ع)

(٦) قوله: "طلقات هذا الملك" لأن الملك المطلق يتقيد بدلالة الحال، فينصرف هذا الإطلاق إلى الطلقات المملوكة، لا الطلقات المستحدثة بعد التزوج بزوج آخر؛ لأن الطلقات الثلاث مانعة عن دخول الدار، فلا يتحقق التزوج الثاني، ولا العود إلى الأول ثانيا، فيكون المراد من الطلقات هو الطلقات المملوكة من حيث الظاهر. (ن)

(٧) قوله: "لأنها هي المانعة [من دخول الدار]" وكل ما كان مانعًا عن وجود الشرط، أو حاملا عليه، فهو الجزاء؛ لأن اليمين تعقد للمنع، أو الحمل، وهو عقدت للمنع، فيكون الجزاء طلقات هذا الملك. (عناية)

(٨) من الزوج بعد التزوج بزوج آخر.

(٩) قوله: "للمنع، أو الحمل" واعترض بأن انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال: إن حضت فأنت طالق؛ لأنه لم يتصور منه منع، ولا حمل؛ لكون الحيض عارضًا سماويًا، والجواب: أن المراد الحمل والمنع فيما هما فيه متصوران. (عناية)

(١٠) أي طلقات هذا الملك.

اليمين[١]، بخلاف ما إذا أبانها[٢]؛ لأن الجزاء باقٍ؛ لبقاء محله.

ولو قال لامرأته: إذا جامعتكِ، فأنتِ طالق ثلاثًا، فجامعها، فلما التقى الختانان، طلقت ثلاثًا، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر[٣]، وإن أخرجه[٤]، ثم أدخله، وجب عليه المهر، وكذا إذا قال لأمته: إذا جامعتكِ، فأنتِ حرة. وعن أبي يوسف: أنه أوجب المهر في الفصل الأول[٥] أيضًا؛ لوجود الجماع[٦] بالدوام عليه، إلا أنه لا يجب عليه[٧] الحد[٨] للاتحاد. وجه الظاهر[٩] أن الجماع إدخال الفرج في الفرج، ولا دوام للإدخال[١٠]، بخلاف ما إذا أخرج، ثم أولج؛ لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحدّ لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود، وإذا لم يجب الحدّ، وجب العُقر[١١]، إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما، ولو

(١١) أي المرأة.

(١) قوله: "فلا تبقى اليمين" فإن بقاء اليمين بالشرط والجزاء، وقد فات الجزاء، والكل ينتفي بانتفاء جزءه.(ع)

(٢) قوله: "بخلاف إلخ" متعلق بقوله: وقد فات بتنجيز الثلاث أي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء؛ لبقاء المحل، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهي مسألة الهدم. (عناية)

(٣) أي مهر المثل.

(٤) بعد التقاء الختانين.

(٥) يعني إذا لم يخرجه. (عناية)

(٦) قوله: "لوجود الجماع إلخ" معناه أنه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي. (ع)

(٧) بهذا الدوام.

(٨) حد الزنا.

(٩) أي لأن الجماع واحد من الأول إلى الآخر، وقد كان حلالا في الأول.

(١٠) قوله: "ولا دوام للإدخال" معناه أن للدوام حكم الابتدائي فيما له دوام، والجماع هو الإدخال، ولا دوام له. (عناية)

(١١) قوله: "وجب العقر" قال في "ديوان الأدب": العقر مهر المثل إذا وطئت بشبهة، والمراد به مهر المثل، وبه فسر الإمام العتابي العقر في "شرح الجامع الصغير". (عناية)

كان الطلاق رجعيًا[(١)] يصير مراجعًا باللباث[(٢)] عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد؛ لوجود المساس[(٣)]، ولو نَزَع، ثم أولج، صار مراجعًا بالإجماع؛ لوجود الجماع[(٤)].

فصل في الاستثناء[(٥)]

وإذا قال لامرأته[(٦)]: أنتِ طالق إن شاء الله تعالى متصلا، لم يقع الطلاق؛ لقوله عليه السلام[(٧)]: «من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه»*، ولأنه أتى بصورة الشرط، فيكون تعليقًا من هذا الوجه، وإنه إعدام قبل الشرط، والشرطُ لا يعلم ههنا،

(١) بأن قال: إذا جامعتك فأنت طالق واحدة، وباقي المسألة بحالها.

(٢) قوله: "باللباث [أي بالمكث. ب]" لبث لبثًا بالفتح ولباثًا ولباثةً كسحاب وكرامة،ولبيثة كسفينة درنگ كرد، وفرس لباث اسپ بطي وآهسته رو. (منتهى الأرب في لغات العرب)

(٣) قوله: "لوجود المساس" إشارة إلى أن هذا له حكم دوام الجماع، فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبي يوسف، وأما دوام المساس: فهو موجود بالإجماع، وعن هذا قيل: ينبغي أن يصير مراجعًا في هذه الصورة عند الكل؛ لوجود المساس بشهوة. (عناية)

(٤) أي إدخال فرج في فرج.

(٥) قوله: "فصل في الاستثناء" ألحق بالتعليق فصل الاستثناء؛ لأنهما جميعًا من بيان التغيير، ولأن الشرط يمنع كل الكلام، والاستثناء يمنع بعض الكلام، والجزء أبدًا يتبع الكل، والاستثناء استفعال من الثنيا، وهو الصرف يقال: ثنيت الشيء ثنيًا، عطفته، ثم المناسبة بين قوله: إن شاء الله، وبين الاستثناء من حيث إن كل واحد منهما لمنع أول الكلام، أو هو اسم توقيفي، قال الله تعالى: ﴿ولا يستثنون﴾. (نهاية)

(٦) قوله: "وإذا قال إلخ" ذكر أولا في هذا الفصل من مسائل الاستثناء مسألة إن شاء الله بقربها، ومشابهتها بمسائل ما قبل الفصل بوجهين: أحدهما: وجود حرف الشرط فيهما، والثاني: منع موجب كل الكلام.(ن)

(٧) قوله: "لقوله عليه السّلام: من حلف إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه» انتهى بلفظ الترمذي. وأخرج ابن عدي في "الكامل" عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله أو لغلامه أنت حر أو على المشي إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء عليه»، انتهى. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٤ ص٧٢. (نعيم)

فيكون إعدامًا من الأصل[١]، ولهذا[٢] يشترط أن يكون[٣] متصلا به بمنزلة سائر الشروط. ولو سكت[٤]، يثبت حكم الكلام الأول، فيكون الاستثناء[٥] أو ذكر الشرط بعده رجوعًا عن الأول. قال[٦]: وكذا إذا ماتت[٧] قبل قوله: إن شاء الله تعالى؛ لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابًا، والموت[٨] ينافي الموجِبَ دون المبطِل، بخلاف ما إذا مات الزوج[٩]؛ لأنه لم يتصل به الاستثناء. وإن قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة، طلقت ثنتين، وإن قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا ثنتين، طلقت واحدة، والأصلُ أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثُنيا[١٠] هو الصحيح[١١]، ومعناه

---

(١) قوله: "فيكون إعدامًا من الأصل" حاصله أن الجزاء معدوم قطعًا؛ لأن الجزاء معدوم عند عدم الشرط، وههنا لم يعلم تحققه، فبقي على عدمه الأصلي. (عبد)

(٢) أي لأنه تعليق صورة.

(٣) إن شاء الله.

(٤) على قوله: أنت طالق.

(٥) قوله: "فيكون إلخ" اختلفوا في أن قوله: إن شاء الله بعد ذكر الجمل للإبطال، أو للتعليق، ذكر ذلك في باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب، فقال: لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال، أو تعليق، أي على قول أبي يوسف، وتعليق على قول محمد. (نهاية)

(٦) ليس في بعض النسخ: قال. (ب)

(٧) قوله: "وكذا إذا ماتت" بعد قوله: أنت طالق قبل قوله: إن شاء الله لا يقع الطلاق؛ لأن الكلام خرج باستثناء من أن يكون إيجابًا، وإذا بطل الإيجاب، بطل الحكم. (عناية)

(٨) قوله: "والموت إلخ" أي فإن قيل: الإيجاب وجد في حياتها، والاستثناء بعده؛ فيكون باطلا لعدم المحل، وإذا بطل الاستثناء صح الإيجاب، فيقع الطلاق. أجاب عنه بقوله: والموت ينافي الموجب دون المبطل، يعني أن الإيجاب لو اتصل بالموت، بأن تموت قبل تمام قوله: أنت طالق بطل، وأما المبطل، وهو الاستثناء، أو الشرط، فلا يبطل؛ لأن مبطل الشيء ما ينافيه، ولامنافاة بين مبطل ومبطل، بخلاف الموجب، فإن المبطل ينافيه فيرفعه.(ع)

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا مات الزوج" بعد قوله: أنت طالق، قبل قوله: إن شاء الله تعالى، وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق؛ لأنه لم يتصل به الاستثناء، وإنما يعلم أنه أراد الاستثناء بقوله قبل ذلك: إني أطلق امرأتي، واستثني. (عناية)

(١٠) قوله: "بالحاصل بعد الثنيا" أي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء. (عناية)

أنه تكلم بالمستثنى منه(١)؛ إذ لا فرق بين قول القائل: لفلانٍ عليَّ درهم، وبين قوله: عشرة إلا تسعة، فيصح استثناء البعض من الجملة(٢)؛ لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده، ولا يصح استثناء الكل من الكل(٣)؛ لأنه لا يبقى بعده شيء؛ ليصير متكلمًا به(٤)، وصارفًا للفظ إليه.

وإنما يصح الاستثناء إذا كان موصولا به، كما ذكرنا من قبلُ(٥)، وإذا ثبت هذا، ففي الفصل الأول المستثنى منه ثنتان(٦) فيقعان، وفي الثاني واحدة، فيقع واحدة، ولو قال: إلا ثلاثًا، يقع الثلاث؛ لأنه استثناء الكل من الكل، فلم يصح الاستثناء، والله أعلم.

باب طلاق المريض(٧)

إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقًا بائنًا(٨)، فمات وهي(٩)

(١١) قوله: "هو الصحيح" هذا احتراز عن قول بعضهم: إن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، وهذا متفرع على أن في الاستثناء معنى المعارضة، وذلك فاسد؛ لما عرف في الأصول. (نهاية)

(١) قوله: "بالمستثنى منه" أي بما بقي من المستثنى منه. (عبد)

(٢) قليلا كان أو كثيرًا.

(٣) نحو عشرة إلا عشرة.

(٤) أي بالباقي.

(٥) من أنه لو لم يتصل، يكون رجوعًا.

(٦) قوله: "المستثنى منه ثنتان" معدول عن ظاهره للقطع بأن المستثنى منه إنما هو الثلاث دون الاثنين، فكأنه أراد أن الباقي من المستثنى منه ثنتان.

(٧) قوله: "باب طلاق المريض" لما فرغ من بيان طلاق الصحيح، سنيًا وبدعيًا، تنجيزًا وتعليقًا، صريحًا وكنايةً، كلا وجزءً، شرع في بيان طلاق المريض متعرضًا لبعض ما ذكر؛ إذ المرض من العوارض السماوية، فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل، وهو الصحة. (نهاية)

(٨) قوله: "طلاقًا بائنًا" قيد بالبائن، وإن كان الحكم في الرجعي كذلك ليثبت الحكم فيه بالطريق الأولى، وليترتب خلاف الشافعي، فإنه لا يخالفنا في الرجعي. (إله داد)

(٩) والواو للحال.

فى العدة ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة، فلا ميراث لها.

وقال الشافعي: لا ترث فى الوجهين[١]؛ لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض[٢]، وهى السبب[٣]، ولهذا[٤] لا يرثها إذا ماتت.

ولنا أن الزوجية سبب إرثها[٥] فى مرض موته، والزوج قصد إبطاله، فيُردّ عليه قصدُه بتأخير عمله[٦] إلى زمان انقضاء العدة؛ دفعًا للضرر عنها، وقد أمكن[٧]؛ لأن النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار[٨]، فجاز أن يبقى فى حق إرثها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاء؛ لأنه لا إمكان، والزوجيةُ فى هذه الحالة[٩] ليست بسبب لإرثه عنها، فيبطلُ حقّه خصوصًا

(١) أى قبل انقضاء العدة وبعدها. (عناية)

(٢) أى الطلاق البائن. (عبد)

(٣) للميراث.

(٤) قوله: "ولهذا" أى لأن الزوجية قد بطلت. (عبد)

(٥) قوله: "سبب إرثها إلخ" لأن حق الزوجة يتعلق بماله فى مرض موته، ولهذا لم يجز له الوصية، ولا الإقرار على الزائد على الثلث. (عبد)

(٦) قوله: "بتأخير عمله [القصد]" وهو الإبطال؛ إذ ليس لنا الإبطال مطلقًا، ولنا أن نؤخر وليس لنا التأخير إلا فى أيام العدة؛ إذ قد أبقى الشارع بعض آثار النكاح، بخلاف ما بعد الانقضاء، فإنه لم يبقَ النكاح ذاتًا، ولا أثرًا. (عبد الغفور)

(٧) قوله: "وقد أمكن إلخ" وبهذا خرج الجواب عن السؤال الوارد فى قوله: دفعا للضرر بأن قيل: لما كانت العلة دفع الضرر عن المرأة التى تعلق حقها بماله فى ابتداء مرضه، لوجب التوريث فى غير المدخول بها أيضًا إذا طلقها لغير سؤالها؛ لما أن حرمان الإرث فى حقها إضرار؛ لأنا نقول: إنما نقول ببقاء النكاح حكمًا عند الإمكان، وذلك الإمكان عند بقاء العدة، ولا عدة على غير المدخول بها، فلم يكن الحكم بالبقاء، فلم يثبت التوريث. (نهاية)

(٨) قوله: "فى حق بعض الآثار" من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز، وحرمة نكاح الأخت، والرابعة سواها. (نهاية)

(٩) قوله: "والزوجية فى هذه الحالة [أى حالة مرض الموت]" أى حالة مرض الزوج ليست سببًا لإرثه، نعم! مرض الزوجة سبب لتعلق حق الزوج، ولئن سلم أنه سبب لإرثه، لكنه رضى بإبطال حقه، والمرأة بعد تعلق حقها إذا رضيت يبطل حقها، فكذا ههنا، وهذا معنى خصوصًا إذا رضى به. (عبد)

إذا رضي به[١]. وإن طلقها ثلاثا بأمرها، أو قال لها: اختاري، فاختارت نفسها، أو اختلعت منه، ثم مات، وهي[٢] في العدة لم ترثه؛ لأنها رضيت بإبطال حقّها، والتأخير[٣] لحقِّها، وإن قالت: طلقني للرجعة، فطلقها ثلاثًا ورثته؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها[٤] راضيةً ببطلان حقها.

وإن قال لها في مرض موته: كنتُ طلقتكِ ثلاثًا في صحتي، وانقضت عدتكِ فصدقته، ثم أقر لها بدينٍ، أو أوصى لها بوصيةٍ، فلها الأقل[٥] من ذلك[٦]، ومن الميراث عند أبي حنيفة رح، وقال أبو يوسف ومحمد رح: يجوز إقراره ووصيته. وإن طلقها ثلاثًا في مرضه بأمرها، ثم أقر[٧] لها بدين، أو أوصى لها بوصية، فلها الأقل من ذلك[٨] ومن الميراث في قولهم جميعا إلا على قول زفر، فإن لها جميعَ ما أوصى وما أقرّ به؛ لأن الميراث لما بطل[٩] بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية.

وجه قولهما في المسألة الأولى: أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاءِ

(١) فإنه طلق برضاه.

(٢) الواو حالية.

(٣) أي تأخير الإبطال كان لحقها.

(٤) للطلاق الرجعي.

(٥) قوله: "الأقل من ذلك إلخ" من للبيان، والواو بمعنى أو؛ لأن الأقل أحدهما، ويجوز أن يكون الواو بمعناه على التقسيم أي الأقل قد يكون هذا، وقد يكون ذلك. (عبد)

(٦) أي الدين أو الوصية.

(٧) في العدة.

(٨) أي الدين أو الوصية.

(٩) لرضاها.

العدة صارت أجنبيةً عنه، حتى جاز له أن يتزوج أختَها[١]، فانعدمت التهمة[٢]. ألاترى أنه تقبل شهادتُه لهاويجوزوضعُ الزكاة فيها[٣]، بخلاف المسألة الثانية؛ لأن العدة باقية، وهى سبب التهمة[٤]، والحكمُ يدار على دليل التهمة، ولهذا يدار على النكاح والقرابةِ[٥] ولاعدةَ فى المسألة الأولى.

ولأبى حينفة فى المسألتين: أن التهمة قائمة؛ لأن المرأة قد تختار[٦] الطلاق؛ لينفتح بابُ الإقرار والوصية عليها، فيزيد حقُّها، والزوجان قد يتواضعان[٧] على الإقرار بالفرقةِ، وانقضاء العدة؛ ليبرّها الزوجُ بمالِه زيادةً على ميراثها، وهذه التهمةُ فى الزيادةِ[٨] فرددناها[٩]، ولا تهمة فى قدر الميراث فصححناه، ولا مواضعة[١٠] عادةً فى حق الزكاةِ، والتزوُّج،

---

(١) لانقضاء عدتها.

(٢) قوله: "فانعدمت التهمة" أى تهمة تفضيل أحد الورثة على الآخر. (عبد)

(٣) أى يجوز له أن يعطى زكاة ماله لها.

(٤) قوله: "وهى سبب التهمة" أى العدة سبب تهمة إيثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب لها، كما فى حقيقة الزوجية والحكم، وهو عدم صحة الإقرار، والوصية يدار على دليل التهمة، ولهذا يدار الحكم المذكور على النكاح والقرابة، حيث لا يجوز وصيته، ولا إقراره لمنكوحته، وذوى قرابته.
وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق لينتفح عليه باب الوصية، والإقرار، وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين إيثاراً له على غيره، ولكنه أمر مبطن، وله سبب ظاهر، وهو النكاح والقرابة، فأقامه الشرع مقامه، ولم يجز الإقرار والوصية لمنكوحته، وذى قرابته، فكذا فى المعتدة؛ لأن العدة من أسباب التهمة، ولا عدة فى المسألة الأولى لتصادقهما على انقضاءها. (عناية)

(٥) قوله: "ولهذا يدار على النكاح والقرابة" وإن لم يكن المقصود تفضيل بعض الورثة، بل ليس المقصود إلا قوت المزوجة، أو الأخ القريب، فإنه لا يعتبر ذلك؛ لأن السبب قائم مقام المسبب، كما فى السفر والمشقة. (عبد)

(٦) برضاها.

(٧) أى يتفقان.

(٨) قوله: "فى الزيادة" لأنه لا تهمة فى وصية توافق قدر الميراث، وأما فى الأقل، فبالأولى. (عبد)

(٩) فلذا قلنا: إن لها الأقل من ذلك ومن الميراث.

(١٠) قوله: "ولا مواضعة [جواب عن قولهما: ألا ترى أنه تقبل إلخ. عناية] إلخ" جواب عما يقال: هذه

والشهادةِ، فلا تهمة[١] في حق هذه الأحكام.

قال[٢]: ومن كان محصوراً[٣]، أو في صفّ القتال، فطلق امرأته ثلاثاً لم ترثه[٤]، وإن كان قد بارز رجلا، أو قدِّم ليقتل في قصاص، أو رجم ورثت، إن مات في ذلك الوجه[٥]، أو قُتل، وأصله ما بينا[٦] أن امرأة الفار[٧] ترث استحساناً، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقّها بماله[٨] وإنما يتعلق[٩] بمرض يخاف منه الهلاك غالباً[١٠]، كما إذا كان صاحب الفراش، وهو أن يكون بحال لا يقوم[١١] بحوائجه، كما يعتاده الأصحاء[١٢]، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه

التهمة غير معتبرة، ألا ترى أنه يقبل شهادته لها، ويحل وضع الزكاة فيها، ولها أن تتزوج في الحال، ولو اعتبرت التهمة شرعاً لاعتبرت في حق هذه الأحكام. (ملا إله داد رحمة الله عليه)

(١) قوله: "فلا تهمة إلخ" فإن من أراد أن يتزوج بمن لا يجوز جمعه مع الزوجة، فليس أنهما يتفقان في الطلاق، فإن ذلك نادر، وقس على هذا. (مل)

(٢) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٣) أي في الحصن.

(٤) فإنها ليست بزوجة الفار.

(٥) قوله: "إن مات في ذلك الوجه" أي بسبب ذلك الوجه، وهو المبارزة، والتقديم، ومعنى أو قتل أنه قتل بسبب آخر. (عبد الغفور)

(٦) في أول الباب.

(٧) قوله: "أن امرأة الفار" أي من يفر عن إعطاء الميراث الزوجة. (عبد)

(٨) الزوج.

(٩) حق الزوجة بمال الزوج.

(١٠) قوله: "غالبا" أي وصفا غالبا، وإنما قال ذلك: لجواز أن يخافه أحد، ومعنى الغلبة الكثرة الحقيقية، لا الإضافية.

(١١) أي لا يقدر عليها. (عبد)

(١٢) قوله: "كما يعتاده الأصحاء" الأنسب أن يقول: كما هو في حال صحته لعدم اشتراط أن يكون

الهلاك الغالب. وما يكون الغالبُ منه السّلامة، لا يثبت به حكم الفرار، فالمحصور[١] والذى فى صفّ القتال، الغالبُ منه السلامة؛ لأن الحصنَ لدفع بأس[٢] العدوّ، وكذا المَنَعَة[٣] فلا يثبت به[٤] حكم الفرار، والذى بارز أو قدّم ليُقتل، الغالبُ منه الهلاك، فتحقق به الفرار، ولهذا أخوات[٥] تخرج على هذا الحرف. وقولُه[٦]: إذا مات فى ذلك الوجه، أو قُتل دليلٌ على أنه لا فرق[٧] بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسببٍ آخر، كصاحب الفراشِ بسببِ المرضِ إذا قُتل.

وإذا قال الرجل لامرأته -وهو[٨] صحيح-: إذا جاء رأس الشهر، أو إذا دخلتِ الدار، أو إذا صلى فلان الظهر، أو إذا دخل فلان الدار، فأنتِ[٩] طالق، فكانت[١٠] هذه الأشياء[١١] والزوج[١٢] مريض لم ترث،

كالأصحاء. (عبد)

(١) فى الحصن.

(٢) أى ضرره. (عبد)

(٣) العسكر.

(٤) أى بالحصر، وكونه فى صف القتال.

(٥) قوله: "ولهذا أخوات الخ" منهما: راكب السفينة بمنزلة الصحيح، فإن تلاطمت الأمواج، وخيف الغرق صار كالمريض فى هذه الحالة، ومنها: المرأة الحامل، فإنّها كالصحيحة، فإذا أخذها الطلق، فهى كالمريض، ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به، فهو كالمريض، فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره؛ لأنه ما دام يزداد فى علته، فالغالب أن آخره الموت، وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه، فلم يكن كذلك. (عناية)

(٦) قوله: "قوله" أى قول محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) قوله: "على أنه لا فرق إلخ" بيانه أنه إذا طلقها فى مرض موته، ثم قتل، أو مات من غير ذلك المرض إلا أنه لم يصح، فلها الميراث. (عناية)

(٨) الواو للحال.

(٩) قوله: "فأنت طالق" يعنى طلاقًا بائنًا؛ لأن حكم الفرار إنما يعطى إذا كان الطلاق بائنًا. (عناية)

وإن كان القول في المرض ورثت، إلا في قوله: إذا دخلت الدار.

وهذا[١] على وجوه: إما أن يعلّق الطلاق بمجيء الوقت، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل نفسه، أو بفعل المرأة، وكلٌّ وجه على وجهين: إما إن كان التعليق في الصحة، والشرطُ في المرض، أو كلاهما في المرض.

أما الوجهان الأولان: وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت، بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فأنتِ طالق، أو بفعل الأجنبي، بأن قال: إذا دخل فلان الدار، أو صلى فلان الظهر، وكان التعليق والشرط في المرض، فلها الميراث؛ لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه[٢] بمباشرة التعليق في حالِ تعلّق[٣] حقها بماله[٤]، وإن كان التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض لم ترث. وقال زفر: ترث؛ لأن المعلّق[٥] بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجِز، فكان إيقاعًا في المرض[٦].

ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقًا[٧] عند الشرط حكمًا[٨]،

(١٠) أي وجدت.

(١١) قوله: "هذه الأشياء" أي مجيء رأس الشهر، ودخول المرأة الدار، وصلاة فلان الظهر، ودخول فلان الدار. (عيني)

(١٢) الواو حالية.

(١) أي المذكور.

(٢) الزوج.

(٣) قوله: "في حال [أي حال المرض] تعلق إلخ" وهو حال المرض الذي يخاف منه الهلاك، ولهذا لا يجوز له أن يوصي بأكثر من الثلاث إلا بإجازة الورثة. (عيني)

(٤) الزوج.

(٥) أي الطلاق المعلق.

(٦) فترث.

(٧) قوله: "يصير تطليقًا إلخ" يظهر بمسألتين: إحداهما: أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط، ثم وجد وهو

لا قصدًا، ولا ظلم إلا عن قصدٍ، فلا يرد تصرفه[١].

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا علقه بفعل نفسه، فسواء كان التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض، أو كانا في المرض، والفعل[٢] مما له[٣] منه بُدّ، أو لا بُدَّ له منه[٤]، فيصير فارًا لوجود قصد الإبطال، إما بالتعليق[٥]، أو بمباشرة الشرط في المرض، وإن لم يكن له[٦] من فعل الشرط بُد، فله[٧] من التعليق ألف بُدّ فيرد تصرفه دفعًا للضرر عنها.

وأما الوجه الرابع: وهو ما إذا علقه بفعلها، فإن كان التعليقُ والشرطُ في المرض، والفعل مما لها منه بُد ككلام زيد ونحوه لم ترث؛ لأنها راضية[٨] بذلك[٩]، وإن كان الفعل لا بدّ لها منه كأكل الطعام، وصلاةِ الظهر[١٠]، وكلام الأبوين ترث؛ لأنها مضطرة في المباشرة[١١] لما لها في

مجنون، فإنه يقع، مع أن طلاق المجنون غير واقع، فدل على أنه ليس بتطليق قصدًا. والثانية: أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط، ثم حلف أن لا يطلق امرأته، ثم وجد الشرط لا يحنث، فلو كان تطليقًا قصد الحنث. (ع)

(٨) قوله: "حكمًا" يعني من حيث الحكم، لا من حيث القصد يعني يسلم قول زفر: إنه يصير كالمنجز لكن حكمًا لا قصدًا. (عيني)

(١) قوله: "فلا يرد تصرفه" لأنه علق، ولم يتعلق حقها بماله، فلم يوجد من جهته منع بعد وجود الشرط، ولا يقدر على إبطال التعليق، ولا على منع الأجنبي عن إيجاد الشرط. (عيني)

(٢) ككلام زيد مثلا.

(٣) الزوج.

(٤) قوله: "أو لا بد له [الزوج] منه" كالأكل، والصلاة، ونحو ذلك. (عيني)

(٥) في المرض.

(٦) الزوج.

(٧) الزوج.

(٨) قوله: "لأنها راضية بذلك" يعني صار كأنه طلقها بسؤالها؛ لما أن الرضاء بالشرط رضى بالمشروط.(ع)

(٩) قوله: "بذلك" أي بإسقاط حقها حيث باشر الشرط. (عيني)

(١٠) مثلا.

الامتناع[١] من خوف الهلاك في الدنيا[٢]، أو في العقبى[٣]، ولا رضاء مَع الاضطرار. وأمّا إذا كان التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض، إن كان الفعل مما لها منه بدّ فلا إشكال إنّه لا ميراثَ لها، وإن كان مما لا بدّ لها منه، فكذلك الجواب[٤] عند محمد، وهو قول زفر؛ لأنه لم يوجد من الزوج[٥] صنع[٦] بعد ما تعلق حقُّها بماله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ترث؛ لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة[٧]، فينتقل الفعل إليه[٨] كأنّها آلةٌ له، كما في الإكراه[٩].

قال[١٠]: وإذا طلّقها ثلاثًا، وهو[١١] مريض، ثم صح، ثم مات

(١١) أي في مباشرة الفعل.

(١) عن الفعل.

(٢) كما في أكل الطعام.

(٣) قوله: "أو في العقبى" كالصلاة المكتوبة، وكلام الأبوين. (عيني)

(٤) أي لا ترث المرأة. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه لم يوجد إلخ" أي لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق، فلا يتم بالقصد إلى الفرار، لم يوجد بعد ذلك منه صنع، غاية ما في الباب أن ينعدم رضاها، أو فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدا، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي، أو بمجيء الشهر، وقد بينا أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة، فكذلك ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه، فلا يكون فارا. فإن قيل: في هذا مناقضة من جانب زفر؛ لأنه قال فيما تقدم: إن المعلق بالشرط كالمنجز، فكأن إيقاعًا في المرض. فالجواب أن معنى قوله: لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله صنع معتبر؛ لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع، بخلاف ما تقدم، فإن الشرط لم يكن فعلها، فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار. (عناية)

(٦) أي في حالة المرض.

(٧) قوله: "إلى المباشرة" أي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها. (عناية)

(٨) قوله: "فينتقل إلخ" فصار كأنه فعل الشرط في مرض موته، فورثت لكونه فارًا. (عيني)

(٩) قوله: "كما في الإكراه" يعني إذا أكره زيد عمرا على إتلاف مال الغير، فأتلفه عمرو، فيضمن زيد؛ لأن المكره بفتح الراء صار كأنه آلة للمكره بكسر الراء، فانتقل فعل المكره إلى المكره. (عيني)

(١٠) قوله: "قال" أي قال محمد في "الجامع الصغير": وليس في كثير من النسخ: لفظ قال. (عيني)

(١١) الواو حالية.

لم ترث، وقال زفر: ترث؛ لأنه قصد الفرارَ حين أوقع في المرض، وقد[١] مات، وهي[٢] في العدة، ولكنا نقول: المرض إذا تَعقّبه برءٌ، فهو بمنزلة الصحة؛ لأنه ينعدم به مرض الموت، فتبين أنه لا حقّ لها يتعلق بماله، فلا يصير الزوج فاراً. ولو طلقها[٣] فارتدت -والعياذ بالله- ثم أسلمت، ثم مات في مرض موته، وهي[٤] في العدة لم ترث[٥]، وإن لم ترتد بل طاوعت ابنَ زوجها في الجماع ورثت. وجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهليةَ الإرث؛ إذ المرتد لا يرث أحداً، ولا بقاء له بدون الأهلية، وبالمطاوعة ما أبطلت الأهليةَ؛ لأن المحرمية لا ينافي الإرث[٦]، وهو الباقي[٧]، بخلاف ما إذا طاوعت[٨] في حال قيام النكاح[٩]؛ لأنها تثبت الفرقةَ، فتكون راضيةً ببطلان السبب[١٠]، وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمةُ بالمطاوعة؛ لتقدمها عليها فافترقا. ومن قذف[١١] امرأته وهو[١٢] صحيح،

(١) الواو للحال.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "ولو طلقها "[في المرض]" أي لو طلقها ثلاثًا، أو بائنًا، فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث، والبينونة في الارتداد، يظهر فيما ذكره بمقابله من مسألة المطاوعة، فإنها إنما ترث في المطاوعة بعد البينونة. وأما إذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح، أو بعد الطلاق الرجعي، فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة. (عناية)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "لم ترث" لأن الردة منافية للإرث. (عيني)

(٦) قوله: "لا ينافي الإرث" يعني بل ينافي النكاح، كما في الأم والأخت. (عناية)

(٧) يعني الإرث هو الباقي.

(٨) ابن الزوج، فلا ترث.

(٩) أي المطاوعة بابن الزوج في حال قيام النكاح.

(١٠) أي سبب الإرث، وهو النكاح. (عناية)

(١١) بالزنا.

(١٢) الواو حالية.

ولاعَن في المرض ورثت، وقال محمد رح: لا ترث[1]، وإن كان القذفُ في المرض ورثته في قولهم جميعًا، وهذا[2] ملحقٌ بالتعليق بفعلٍ لا بدّ لها منه؛ إذ هي ملجأةٌ إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها، وقد بينا الوجه فيه[3]. وإن آلى امرأتَه وهو[4] صحيح، ثم بانت بالإيلاء، وهو[5] مريض لم ترث[6]، وإن كان الإيلاء أيضًا في المرض ورثت؛ لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالٍ عن الوقاع، فيكون ملحقًا[7] بالتعليق بمجيء الوقت، وقد ذكرنا وجهَه[8].

قال رضي الله تعالى عنه[9]: والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه[10]؛ لما بينا أنَّه[11] لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء،

(١) قوله: "لا ترث" قيل: لأن الطلاق إنما يقع بلعانها؛ لأنه آخر اللعانين، فكان آخر المدارين، ووجه قولهما: إن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها مضطرة في ذلك؛ لاستدفاع العار عن نفسها، فكان ملحقا بفعل لا بد لها منه. (عناية)

(٢) أي هذا الحكم. (عيني)

(٣) قوله: "وقد بينا الوجه فيه" أي في الفعل الذي لا بد لها منه، وهو قوله: لأنها مضطرة في المباشرة.(ع)

(٤) الواو حالية.

(٥) الواو للحال.

(٦) قوله: "لم ترث" لأن البينونة مضافة إلى إيلاء الزوج، وقد وقع ذلك في حال الصحة، ولم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر من مباشرة علة أو شرط، فلا يكون فارًا. (عيني)

(٧) قوله: "فيكون إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان الإيلاء في الصحة؛ لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالفيء، فإذا لم يبطل في حالة المرض، صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض، وهناك ترث، فكذلك ههنا، فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته، وطلقها الوكيل في المرض، كان فارًا لتمكنه من العزل، فإذا لم يعزل جعل كأنه أنشأ، فكذلك ههنا. أجيب بأن الفرق بينهما ثابت، وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه، فلم يكن متمكنًا مطلقًا، بخلاف مسألة الوكالة. (عناية)

(٨) قوله: "وقد ذكرنا وجهه" يريد به قوله: ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقًا إلخ. (عناية)

(٩) أي المصنف. (عيني)

(١٠) قوله: "في جميع الوجوه" يعني سواء كان الطلاق بسؤالها، أو بغير سؤالها، وسواء كان التعليق

فكان السبب[١] قائمًا، قال: وكلما ذكرنا أنها ترث، إنما ترث إذا مات[٢]، وهى[٣] فى العدة، وقد بيناه[٤]، والله أعلم بالصواب.

باب الرَّجعة[٥]

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقةً رجعيةً أو تطليقتين، فله أن يراجعها فى عدتها رضيت بذلك، أو لم ترض؛ لقوله تعالى[٦]: ﴿فأمسكوهن بمعروفٍ﴾ من غير فصلٍ، ولا بد من قيام العدة؛ لأن الرجعة استدامة الملك[٧]، ألا ترى أنه سُمي إمساكا، وهو الإبقاء، وإنما يتحقق الاستدامة فى العدة؛ لأنه لا ملكَ بعد انقضاءها.

والرجعة أن يقول: راجعتكِ[٨]، أو راجعتُ امرأتى، وهذا صريح فى الزجعة، ولا خلاف بين الأئمة[٩].

بفعلها أو بفعله، وسواء كان الفعل مما لها منه بد أولم يكن. (عناية)

(١١) أى الطلاق الرجعى.

(١) أى سبب الإرث، وهو النكاح.

(٢) الزوج.

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "وقد بيناه" أى فى أول الباب بقوله: وإذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته طلاقًا بائنًا، فمات وهي فى العدة، ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة، فلا ميراث لها. (عينى)

(٥) "باب الرجعة" [هى عبارة عن استدامة ملك النكاح] لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعًا، أخرها وضعا؛ ليناسب الوضع الطبع. (عناية)

(٦) قوله: "لقوله تعالى: ﴿فأمسكوهن﴾" يعنى قوله: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾ يعنى إذا قرب انقضاء عدتهن فأمسكوهن، من غير فصل بين الرضا وعدمه، أى لم يشترط رضا المرأة. (كفاية)

(٧) قوله: "استدامة الملك" والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعى، أنه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعى إجماعًا، وملك الاعتياض لا يكون إلا بعد بقاء أصل الملك. (كفاية)

(٨) قوله: "راجعتكِ" إن كان فى حضرتها، أو راجعت امرأتى فى الغيبة بشرط الإعلام، وفى الحضرة أيضًا. (ع)

(٩) أى لا خلاف لأحد فى جواز الرجعة بالقول.

قال[١]: أو يطأها، أو يقبّلها، أو يلمسها بشهوة، أو ينظر إلى فرجها بشهوة، وهذا[٢] عندنا. وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه[٣]؛ لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح[٤]، حتى يحرم وطئها[٥]، وعندنا هو استدامة النكاح[٦] على ما بيناه[٧]، وسنقرره[٨] إن شاء الله تعالى. والفعل قد يقع دلالة[٩] على الاستدامة، كما في إسقاط الخيار[١٠]، والدلالة[١١] فعل يختص بالنكاح، وهذه الأفاعيل[١٢] تختص به[١٣] خصوصاً في حقّ الحرة[١٤]، بخلاف المس والنظر[١٥] بغير شهوة؛ لأنه

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي الرجعة بالفعل.

(٣) قوله: "مع القدرة عليه" أي على القول بأن لم يكن أخرس، أو معتقل اللسان، أما إذا كان كذلك فيصح بالإشارة. (عيني)

(٤) قوله: "بمنزلة ابتداء النكاح" لثبوت الحل بها، وابتداء النكاح لا يصح بالوطئ ودواعيه، فكان الوطئ حراما، كما في ابتداء النكاح. (عناية)

(٥) أي عند الشافعي.

(٦) لا ابتداء النكاح.

(٧) قوله: "على ما بيناه" وهو إشارة إلى قوله: ألا ترى أنه سمى إمساكا، وهو الإبقاء. (عناية)

(٨) قوله: "وسنقرره" إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب، و هو قوله: قلنا: إنها قائمة حتى ملك مراجعتها إلخ. (عناية)

(٩) أي دليلا.

(١٠) قوله: "كما في إسقاط الخيار" فإن من باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم وطئها سقط الخيار، كما إذا أسقط بالقول. (عناية)

(١١) أي الدليل.

(١٢) قوله: "وهذه الأفاعيل" أي النظر إلى الفرج الداخل بشهوة، والمس بشهوة، والتقبيل بشهوة.(ب)

(١٣) فتقع دلالة.

(١٤) قوله: "خصوصاً في حق الحرة" فإن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح، وأما الأمة فتحل به، وبملك

قد يحل بدون النكاح[١]، كما في القابلة والطبيبِ وغيرهما[٢]، والنظرُ إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين، والزوج يساكنها في العدة، فلو كان[٣] رجعة لَطَلَّقَهَا[٤]، فتطول العدة عليها[٥].

قال[٦]: ويستحب أن يُشهد على الرجعة شاهدين، فإن لم يُشْهِد صحت الرجعة، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تصح، وهو قول مالك لقوله تعالى[٧]: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذوى عدل منكم﴾، والأمر للإيجاب.

ولنا إطلاق النصوص[٨] عن قيد الإشهاد، ولأنه استدامة للنكاح[٩]، والشهادةُ ليست شرطا فيه في حالة البقاء، كما في الفيء في الإيلاء[١٠] إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط؛ كي لا يجري التناكر فيها[١١]، وما تلاه[١٢]

اليمين أيضاً. (عناية)

(١٥) إلى الفرج.

(١) فلا يقع دليلا.

(٢) كالخاتنة والشاهد في الزنا. (عناية)

(٣) أي النظر إلى غير الفرج.

(٤) قوله: "لطلقها" لأنه لا يريد الرجعة لتخلف الواقع. (عيني)

(٥) وهو ضرر لها.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا﴾ إلخ" قال الله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا﴾ إلخ. (عناية)

(٨) قوله: "إطلاق النصوص" وهو قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾، وقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف﴾، وقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾، وقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يتراجعا﴾، وقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «مر ابنك فليراجعها». (عناية)

(٩) والاستدامة إنما هي حالة البقاء.

(١٠) قوله: "كما في الفيء في الإيلاء" فإن الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء. (عناية)

(١١) الرجعة.

محمول عليه[١]، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة، وهو فيها مستحب، ويستحب أن يعلمها[٢] كي لا تقع في المعصية. وإذا انقضت العدة، فقال: كنت راجعتُها[٣] في العدة، فصدقته، فهي رجعة، وإن كذّبته فالقول قولها؛ لأنه[٤] أخبر عما لا يملك[٥] إنشاءه في الحال، فكان متهمًا، إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، وقد مر في كتاب النكاح[٦].

وإذا قال الزوج: قد راجعتكِ، فقالت: مجيبةً له قد انقضت عدتي لم يصح الرجعة عند أبي حنيفة، وقالا: تصح؛ لأنها صادفت العدة؛ إذ هي[٧] باقية ظاهرا إلى أن تخبر[٨]، وقد سبقته[٩] الرجعة، ولهذا لو

(١٢) الشافعي.

(١) قوله: "محمول عليه" أي على الاستحباب دفعا للتناكر، فكان الأمر للإرشاد إلى ما هو الأوفق، كما في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ بدليل أنه قرنها بالمفارقة حيث قال: ﴿أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا﴾، وهو أي الإشهاد فيها، أي في المفارقة مستحب، فكذا في الرجعة. (عناية)

(٢) قوله: "ويستحب أن يعلمها" بالرجعة؛ لأنه لو لم يعلمه لربما تقع المرأة في المعصية، فإنها قد تتزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها، وقد انقضت عدتها، ويطأها الزوج الثاني، فكانت عاصية، وكان زوجها الذي أوقعها فيه مسيئًا بترك الإعلام.
ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة؛ لأنها استدامة للقائم، وليست بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير، فإن قيل: كيف تكون عاصية بغير علم، أجيب: بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية؛ لأن التقصير جاء من جهتها. (عناية)

(٣) الزوج.

(٤) الزوج.

(٥) لانقضاء العدة.

(٦) قوله: "وقد مر في كتاب النكاح" لم يبين هذه المسألة في كتاب النكاح، بل قال في مسألة دعوى السكوت على البكر، فلا يمين عليها عند أبي حنيفة، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، ثم قال: وسيأتيك في الدعوى، ومثل هذا لا يقال: مر لأنه لم يكن ثمه للرجعة أثر. (عيني)

(٧) العدة.

قال لها: طلقتكِ، فقالت -مجيبة له-: قد انقضت عدتي يقع الطلاق.

ولأبي حنيفة: أنها صادفت حالة الانقضاء؛ لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء[١]، فإذا أخبرت دل ذلك[٢] على سبق الانقضاء[٣]، وأقربُ أحواله حالُ قول الزوج، ومسألةُ الطلاق على الخلاف[٤]، ولو كانت على الاتفاق، فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء[٥]، والمراجعة لا تثبت به[٦].

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها[٧]، وصدّقه المولى، وكذبته الأمة، فالقول قولها[٨] عند أبي حنيفة.

وقالا: القول قول المولى؛ لأن بضعها[٩] مملوك له[١٠]، فقد أقرّ بما هو خالص حقّه للزوج، فشابه الإقرار عليها بالنكاح[١١]، وهو يقول[١٢]:

---

(٨) أي بانقضاء العدة.

(٩) أي الإخبار.

(١) قوله: "لأنها [زوجة] أمينة في الإخبار عن الانقضاء" إذ لا يعلم ذلك إلا بإخبارها، وقد أخبرت بذلك، والإخبار يقتضي سبق المخبر عنه، ولا دليل على مقدار معين، وأقرب أحواله حال قول الزوج، وإذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة. (عناية)

(٢) الإخبار.

(٣) على الإخبار.

(٤) لا على الوفاق.

(٥) قوله: "يقع بإقراره بعد الانقضاء" أي بعد انقضاء العدة إن طلقها في العدة. (عيني)

(٦) قوله: "والمراجعة لا تثبت به" أي بالإقرار بعد الانقضاء، فإن فيه تهمة؛ لأنه تصرف على حق الغير. (عيني)

(٧) في العدة.

(٨) إذا لم يكن له بينة، كذا في "العناية".

(٩) قوله: لأن بضعها [الأمة، أي منافع بضعها.]

(١٠) أي بعد انقضاء العدة. (عناية)

(١١) قوله: "فشابه الإقرار عليها [الأمة] بالنكاح" بأن يقر بأنه زوج أمته من فلان. (عناية)

حكم الرجعة يبتنى على العدة(١)، والقولُ فى العدة قولها(٢)، فكذا فيما يبتنى عليها. ولو كان(٣) على القلب فعندهما القول قول المولى(٤)، وكذا عنده فى الصحيح؛ لأنها منقضية العدة فى الحال(٥)، وقد ظهر ملك المتعة للمولى، ولا تقبل قولُها فى إبطاله(٦)، بخلاف الوجه الأول؛ لأن المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها(٧)، ولا يظهر ملكه مع العدة(٨). وإن قالت: قد انقضت عدتى، وقال الزوج والمولى: لم تنقض عدتكِ، فالقول قولها؛ لأنها أمينة فى ذلك(٩)؛ إذ هى العالمة به(١٠).

وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام، انقطعت الرجعة(١١)، وإن(١٢) لم تغتسل، وإن انقطع لأقلّ من عشرة أيام لم ينقطع

(١٢) قوله: "وهو [أى الإمام] يقول إلخ" ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره، وذلك لأنه لما صدقه فى الرجعة لم يبق له حق فى منافع بضعها، فأنى يكون إقراراً بما هو خالص حقه، بخلاف الإقرار بالتزويج، فإنه إقرار بذلك، فكان الفرق بينا. (عناية)

(١) بقاء.

(٢) فكأنها أمينة.

(٣) قوله: "ولو كان" أى لو كان الأمر، أو الخلاف على القلب بأن صدقته الأمة، وكذبه المولى. (عينى)

(٤) قوله: "قول المولى" لأن منافع البضع خالص حقه، والزوج يدعيها عليه، وهو ينكره. (عناية)

(٥) بالاتفاق.

(٦) بالتصديق.

(٧) الرجعة.

(٨) أى ملك المتعة للمولى.

(٩) أى فى قولها: قد انقضت عدتى. (عينى)

(١٠) أى بالانقضاء.

(١١) لانقضاء العدة.

(١٢) الواو وصلية.

الرجعة حتى تغتسل، أو يمضي عليها وقت صلاةٍ كامل[١]؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، فبمجرد الانقطاع[٢] خرجت من الحيض، فانقضت العدة وانقطعت الرجعة. وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم، فلا بد أن يعتضد الانقطاعُ بحقيقة الاغتسال، أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضيّ وقت الصلاة[٣]، بخلاف ما إذا كانت[٤] كتابيةً؛ لأنه لا يتوقع في حقّها إمارة زائدة[٥]، فاكتفى بالانقطاع[٦]، وتنقطع[٧] إذا تيممت[٨] وصلّت[٩] عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهذا استحسان.

وقال محمد: إذا تيممت انقطعت، وهذا قياس؛ لأن التيمم حالَ عدم الماء طهارةٌ مطلقةٌ، حتى يثبت به من الأحكام[١٠] ما يثبت بالاغتسال، فكان بمنزلته[١١]. ولهما أنه مُلَوِّثٌ[١٢] غير مطهِّر، وإنما اعتُبِر[١٣] طهارة

(١) قوله: "كامل" بالرفع؛ لأنه صفة الوقت. (عيني)

(٢) بعد العشرة.

(٣) قوله: "بمضي وقت الصلاة" يعني أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة بنافي ذمتها، وهو من أحكام الطاهرات.(ع)

(٤) المرأة.

(٥) على انقطاع حيضها.

(٦) قوله: "فاكتفى بالانقطاع" أي بمجرد الانقطاع؛ لأنها لا تتكلف بالاغتسال، ولا تجب عليها الصلاة. (ب)

(٧) الرجعة.

(٨) بدل الاغتسال.

(٩) مكتوبة أو تطوعا. (عيني)

(١٠) قوله: "من الأحكام" يريد به دخول المسجد، ومس المصحف، وقراءة القرآن، وإباحة الصلاة، وسجدة التلاوة. (عناية)

(١١) الاغتسال.

(١٢) قوله: "أنه ملوث" [أي حقيقةً لا شرعًا] هذا بحسب الغالب، وإن كان يجوز بالحجر الأملس عند أبي حنيفة، والرمل بالاتفاق، ولا غبار ثمه ولا تلويث. (عيني)

(١٣) شرعًا.

ضـرورة أن لا تتضـاعف الـواجبـات[(١)]، وهـذه الضـرورة تتحقق حال أداء الصلاة، لا فيـما قبلهَا من الأوقـات، والأحكام الثابتـة أيضًا[(٢)] ضرورية اقتضائية[(٣)]، ثم قيل: تنقطع[(٤)] بنفس الشروع[(٥)] عندهما[(٦)]، وقيل: بعد الفراغ[(٧)]؛ ليتقرر حكم جواز الصّلاة.

وإذا اغتسلت ونسيت شيئًا من بدنها لم يصبه الماء، فإن كان عضوًا فما فوقه لم تنقطع الرجعة، وإن كان أقلّ من عضو[(٨)] انقطعت، قال[(٩)]: وهذا استحسان. والقياس في العضو الكامل[(١٠)] أن لا تبقى الرجعة[(١١)]؛ لأنها غسلت الأكثر، والقياس فيما دون العضو أن تبقى[(١٢)]؛ لأن حكم الجنابة

(١) قوله: "ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات" لأنه لو لم يعتبر حتى يجد الماء لكان يمضي أوقات صلوات متعددة، فيحصل الضرر. (عيني)

(٢) قوله: "والأحكام إلخ" هذا جواب عن طرف الخصم؛ لقوله: حتى يثبت به من الأحكام إلخ.(ك)

(٣) قوله: "ضرورية إلخ" يعني أن ثبوت هذه الأحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم، وأما قراءة القرآن: فلأنها ركن الصلاة، وأما المسجد: فلأنه مكان الصلاة، وأما سجدة التلاوة: فهي من توابع القراءة، فإنه يجوز أن يقرأ في صلاتها آية السجدة. (عناية)

(٤) الرجعة.

(٥) في الصلاة.

(٦) أي الشيخين.

(٧) عن الصلاة.

(٨) كالإصبع، وبعض الساعد. (عيني)

(٩) أي المصنف.

(١٠) قوله: "والقياس إلخ" اعلم أن محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس، هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه، وروى أنه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه، فإن القياس أن تنقطع الرجعة؛ لأنها غسلت أكثر البدن، وللأكثر حكم الكل، فكأنها أصاب الماء جميع البدن، وفي الاستحسان لا تنقطع؛ لأن العدة باقية لعدم الطهارة. وعند محمد فيما دونه، فإن القياس أن تبقى الرجعة؛ لبقاء الحدث، والاستحسان أن تنقطع؛ لأن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته، فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه. (عناية)

(١١) هذا قياس أبي يوسف.

(١٢) الرجعة، هذا قياس محمد.

والحيض لا يتجزأ. ووجه الاستحسان -وهو الفرق[١]-: أنّ ما دون العضو[٢] يتسارع إليه الجفاف؛ لقلته، فلا يتيقن[٣] بعدم وصول الماء إليه، فقلنا: إنه تنقطع الرجعة، ولا تحل لها التزوّج[٤] أخذًا بالاحتياط فيهما[٥]، بخلاف العضو الكامل[٦]؛ لأنه لا يتسارع إليه الجفاف[٧]، ولا يغفل عنه عادةً فافترقا. وعن أبي يوسف: أن ترك المضمضة و[٨] الاستنشاق كترك عضو كامل[٩]، وعنه وهو قول محمد بمنزلة ما دون العضو[١٠]؛ لأن في فرضيته اختلافًا[١١]، بخلاف غيره من الأعضاء.

ومن طلق امرأته، وهي حامل، أو وولدت منه[١٢]، وقال:

---

(١) بين العضو الكامل وما دونه.

(٢) إشارة إلى استحسان محمد.

(٣) قوله: "فلا يتيقن [فلعله غسله، وقد جف] إلخ" حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه، بأن منعت قصداً لم تنقطع الرجعة. (عناية)

(٤) بزوج آخر. (عيني)

(٥) أي في انقطاع الرجعة والتزوج.

(٦) إشارة إلى استحسان أبي يوسف.

(٧) قوله: "لأنه لا يتسارع إلخ" فلما لم يكن مبلولا علم أنه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادةً، فلا تنقطع الرجعة. (عناية)

(٨) الواو بمعنى أو. (عناية)

(٩) قوله: "كترك عضو كامل [أي لا تنقطع الرجعة]" وذلك لأن حكم الحيض باقٍ؛ لكونهما فرضين في الجنابة. (عناية)

(١٠) أي تنقطع الرجعة.

(١١) قوله: "لأن في فرضيته اختلافًا" فإن المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي، فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة، بخلاف غيره من الأعضاء، فإنه لا خلاف لأحد في فرضيته. (عناية)

(١٢) قوله: "أو ولدت منه إلخ" أي ولدت منه، ثم طلقها، وقال: لم أجامعها، ثم أراد الرجعة، فله ذلك، ولا معتبر بقوله: لم أجامعها. (عناية)

لم أجامعها، فله الرجعة[١]؛ لأن الحبل متى ظهر[٢] في مدةٍ يتصور أن يكون منه[٣] جعل منه[٤]؛ لقوله عليه السّلام[٥]: «الولد للفراش»*، وذلك دليل الوطء منه، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه[٦] جُعل واطئًا[٧]، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك، والطلاقُ في ملك متأكد يعقب الرجعة، ويبطل[٨] زعمه بتكذيب الشرع، ألا يرى[٩] أنه يثبت بهذا الوطء الإحصَان، فلأنْ تثبت به الرجعة أولى[١٠]، وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق؛ لأنها لو ولدت بعده، تنقضي العدة بالولادة، فلا تتصور الرّجعة. فإن خلا بها، وأغلق بابًا، أو أرخى سترًا، وقال: لم أجامعها، ثم طلقها لم يملك الرجعة؛ لأن تأكد الملك بالوطء، وقد أقر[١١] بعدمه،

---

(١) قوله: "فله الرجعة" فإن قيل: لم أجامعها صريح في عدم الجماع، ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحًا في وجود الجماع، والصريح إذا اجتمع مع غير الصريح أولى. قلنا: الدلالة من الشارع أقوى من الصريح الصادر من العبد؛ لاحتمال الكذب من العبد، وعدم احتماله من الشرع. (كفاية)

(٢) قوله: "متى ظهر إلخ" لأنها إذا كانت حاملا يوم الطلاق، وظهر ذلك بأن ولدت لأقل من ستة أشهر، فصار النسب ثابتًا عنه. (عيني)

(٣) الزوج.

(٤) الزوج.

(٥) أخرجه الأئمة الستة من حديث سعيد بن المسيب. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٥ ص٧٣. (نعيم)

(٦) الزوج.

(٧) لأنه لا يتصور بدونه. (عناية)

(٨) أي قوله: إنه لم يجامعها.

(٩) توضيح لقوله: والطلاق في ملك متأكد إلخ. (عناية)

(١٠) قوله: "أولى" بيان الأولوية أن الرجعة ليست فيها جهة العقوبة أولى، والإحصان له مدخل في وجود العقوبة. (عناية)

(١١) الزوج.

فيصدق[1] في حق نفسه، والرجعةُ حقه[2]، ولم يصر مكذّبا شرعًا[3]، بخلاف المهر؛ لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل، لا على القبض، بخلاف الفصل الأول.

فإن راجعها[4] معناه بعد ما خلا بها، وقال: لم أجامعها، ثم جاءت بولدٍ لأقل من سنتين[5] بيومٍ صحت تلك الرجعة[6]؛ لأنه ثبت النسب منه؛ إذ هي لم تقرّ بانقضاء العدة[7]، والولد يبقى في البطن هذه المدة[8]، فأنزل واطئًا قبل الطلاق[9] دون ما بعده؛ لأن على اعتبار الثاني يزول الملك[10] بنفس الطلاق؛ لعدم الوطئ قبله[11]، فيحرم الوطئ،

(١) الزوج.

(٢) الزوج.

(٣) قوله: "ولم يصر مكذبًا إلخ" أي فإن قيل: قد صار مكذبًا شرعًا لوجوب كمال المهر، ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول. أجاب بقوله: ولم يصر مكذبًا شرعًا؛ لأن تأكد إلخ، ومعناه أنه إنما يصير مكذبًا شرعًا أن لو كان كمال المهر مستلزمًا للقبض، وهو الوطئ، وليس كذلك، وإنما هو مستلزم لتسليم المبدل، وقد حصل بالخلوة الصحيحة؛ إذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم إليه، ويقدر المسلم إليه على أن يقبضه، وقد وجد ذلك، والتسليم غير مستلزم للقبض، فلا يلزم التكذيب، بخلاف الفصل الأول؛ لأن الحمل، وثبوت النسب يستلزم القبض، فيلزم التكذيب. (عناية)

(٤) يعني وإن كان لا يملكها. (عناية)

(٥) قوله: "لأقل من سنتين" أي من يوم الطلاق لا من يوم الرجعة. (عيني)

(٦) السابقة.

(٧) والمدة تحتمل.

(٨) لأنه لا يمكن ذلك إلا بالدخول.

(٩) قوله: "قبل الطلاق" وإذا كانت موطوءة قبل الطلاق، كان الطلاق بعد الدخول، وذلك يعقب الرجعة، فكانت الرجعة صحيحة. (عناية)

(١٠) لا إلى عدة، أي إنزاله واطئًا فيما بعد الطلاق.

(١١) لأنه أنكره بعد الخلوة. (عناية)

والمسلم لا يفعل الحرام.

فإن قال لها: إذا ولدت فأنت طالق، فولدت ثم أتت بولد آخر، فهي رجعة معناه من بطنٍ آخر، وهو أن يكون بعد ستة أشهر[١]، وإن كان أكثر من سنتين[٢] إذا لم تقر بانقضاء العدة؛ لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول، ووجبت العدة، فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه[٣] في العدة؛ لأنها لم تقر بانقضاء العدة، فيصير مراجعًا.

وإن قال: كلما ولدتِ ولدا، فأنت طالق، فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة، فالولد الأول طلاق، والولد الثاني رجعة، وكذا الثالث؛ لأنها إذا جاءت بالولد الأول وقع الطلاق[٤]، وصارت معتدة، وبالثاني صار مراجعًا؛ لما بينا أنه يجعل العلوق بوطءٍ حادثٍ في العدة، ويقع الطلاقُ الثاني بولادة الولد الثاني؛ لأن اليمين معقودة بكلمة كلّما[٥]، ووجبتِ العدة، وبالولد الثالث صار مراجعًا؛ لما ذكرنا[٦]، وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث، ووجبت العدة بالأقراء؛ لأنها من ذوات الحيض[٧]

(١) قوله: "وهو أن يكون إلخ" فإنه إن لم يكن بين الولدين ستة أشهر، فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة، فيكون الطلاق قد وقع بالولد الأول، وانقضت العدة بالولد الثاني، وما تم دليل على أنه وطئها بعد الولد الأول، فلا تثبت الرجعة. (عناية)

(٢) قوله: "وإن [للوصل] كان أكثر إلخ" أي لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين، وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثبوت الرجعة؛ لأن الولد الثاني مضاف إلى علوق حادث لا محالة، وهو بالوطئ بعد الطلاق، فكان رجعة. (عناية)

(٣) الزوج.

(٤) للتعليق.

(٥) قوله: "بكلمة كلما" وهي تقتضي تكرار الجزاء عند تكرار الشرط. (عيني)

(٦) قوله: "لما ذكرنا" إشارة إلى قوله: لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول إلخ. (عيني)

(٧) وذوات الحيض عدتها لاحيض. (عيني)

حين وقع الطلاق. والمطلقة الرجعية[(١)] تتشوّفُ[(٢)] وتتزين؛ لأنها حلال للزوج؛ إذ النكاح قائم بينهما[(٣)]، ثم الرجعة مستحبة، والتزين حامل عليها[(٤)]، فيكون مشروعًا.

ويستحب لزوجها أن لا يَدخل عليها[(٥)] حتى يؤذنَها[(٦)]، أو يُسْمِعَها[(٧)] خَفق[(٨)] نعليه، معناه[(٩)] إذا لم تكن من قصده[(١٠)] المراجعةُ؛ لأنها ربما تكون مجردة، فيقع بصره على موضع[(١١)] يصير[(١٢)] به مراجعًا، ثم يطلقها فتطول[(١٣)] عليها العدة.

وليس له أن يسافر بها[(١٤)]، حتى يُشهد على رجعتها، وقال زفر: له

---

(١) لفظ محمد فى "الأصل": والمعتدة من طلاق الرجعة تتشوف لزوجها. (بناية للعينى)

(٢) قوله: "تتشوف" التشوف خاص فى الوجه، والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته أى جعلته مجلوًا، ودينار مشوف أى مجلو، وهو أن تجلو المرأة وجهها، وتصقل خديها. (عناية)

(٣) قوله: "قائم بينهما" يدل عليه أن التوارث قائم بينهما، وكذلك جميع أحكام النكاح قائم، ولهذا لو قال: كل امرأة لى طالق، تدخل هذه المطلقة فيه، ويقع عليها الطلاق.

فإن قيل: لو كان النكاح قائما، لجاز أن يسافر بها كالتى فى نكاحه، وليس كذلك، أجيب: بأنه امتنع بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾، فإنه نزل فى الطلاق الرجعى. (عناية)

(٤) رجعة.

(٥) أى على المطلقة الرجعية.

(٦) أى يعلمها بالتنحنح ونحوه.

(٧) حين يدخل على الباب.

(٨) الصوت.

(٩) أى معنى كلام القدورى.

(١٠) الزوج.

(١١) كالفرج.

(١٢) الزوج.

(١٣) فيضر.

(١٤) أى بالمطلقة الرجعية.

ذلك لقيام النكاح، ولهذا له أن يَغْشَاها[١] عندنا. ولنا قوله تعالى: ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن[٢]﴾ الآية، ولأن تراخي عمل المبطِل[٣] لحاجته إلى المراجعة، فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة، ظهر أنه لا حاجة له، فتبين أن المبطل عمل عملَه من وقت وجوده، ولهذا[٤] تحتسب الأقراء من العدة، فلم يملك الزوج[٥] الإخراج[٦] إلا أن يُشهد على رجعتها، فتبطل العدة، ويتقرر ملك الزوج، وقولُه[٧]: حتى يُشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه[٨].

والطلاق الرجعي لا يحرِّم الوطء، وقال الشافعي: يحرّمه؛ لأن

---

(١) أي يطأها.

(٢) قوله: "ولا تخرجوهن إلخ" نزلت في الطلاق الرجعي بالنقل عن أئمة التفسير، أي لا تخرجوهن حتى تنقضي عدتهن "من بيوتهن" من مساكنهن التي تسكنها قبل العدة، وهي بيوت الأزواج، وأضيفت إليهن لاختصاصها بها من حيث السكنى. (عيني)

(٣) قوله: "ولأن تراخي إلخ" دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة، وتقريره: أن تراخي عمل المبطل، وهو الطلاق لحاجة الزوج إلى المراجعة، ولا حاجة له إليها، فلا تراخي، أما أن التراخي لذلك، فقد علم مما تقدم، وأما عدم حاجته إليها، فلأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة، ظهر أنه لا حاجة له إليها.
وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة، ولم يراجعها، وأما إذا سافر بها، وهي في العدة، فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك، والكلام فيه.
أجيب: بأنه إنما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة، وأما إذا أريد بها مدة الإقامة فلا يرد، وفيه نظر؛ لأن عمل المبطل أخر إلى انقضاء العدة بالإجماع دون مدة الإقامة. (عناية)

(٤) قوله: "ولهذا" أي لأجل أن عمل المبطل من وقت وجود المبطل، يحتسب الأقراء الماضية قبل انقضاء العدة من المدة، فلو كان عمل المبطل مقتصراً على انقضاء العدة، لما احتسب الأقراء الماضية من العدة. (عيني)

(٥) قوله: "فلم يملك إلخ" أي أن عمل المبطل لما لم يكن مقتصرا على الانقضاء كانت المرأة كالمبتوتة تقديرا، فلا يملك إخراجها كالمبتوتة تحقيقا. (عيني)

(٦) إلى السفر.

(٧) أي قول محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) قوله: "على ما قدمناه" يعني في أوائل الباب حيث قال: ويستحب أن يشهد على الرجعة إلخ. (ع)

الزوجية زائلة لوجود القاطع، وهو الطلاق.

ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها[١]؛ لأن حقّ الرجعة ثبت نظرًا للزوج؛ ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم، وهذا المعنى[٢] يوجب استبداده به[٣]، وذلك يؤذن بكونه[٤] استدامةً[٥]، لا إنشاءً[٦]؛ إذ الدليل ينافيه، والقاطع[٧] أخّر عمله إلى مدةٍ إجماعًا[٨]، أو نظرًا له[٩] على ما تقدم.

فصل فيما تحل به المطلقة[١٠]

وإذا كان الطلاق بائنًا دون الثلاث، فله أن يتزوجها في العدة، وبعد انقضاءها؛ لأن حلّ المحلّية[١١] باقٍ؛ لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة[١٢]،

(١) قوله: "حتى يملك مراجعتها من غير رضاها" بالاتفاق، ولو كانت زائلة لكانت أجنبية، فلم تصح المراجعة بدون رضاها. (عناية)

(٢) أي ثبوت حق الرجعة نظرا للزوج.

(٣) قوله: "يوجب استبداده به [أي الرجعة]" إذ لو لم يكن مستبدا به، لما تم النظر؛ لأنه قد لا ترضى المرأة بالرجعة، فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة، واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة، لا إنشاء؛ إذ الدليل الدال على الاستبداد، وهو ما ذكرنا من القياس ينافي أن تكون الرجعة إنشاءً؛ لأن الزوج لا يستبد به، والاستدامة لا تتحقق إلا في القائم، فكانت الزوجية قائمة. (عناية)

(٤) الرجعة.

(٥) للملك.

(٦) للملك.

(٧) قوله: "والقاطع [معناه أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية؛ لأنه أخر عمله إلخ. ع] إلخ" جواب عن دليل الخصم، وهو قوله: الزوجية زائلة؛ لوجود القاطع. (كفاية)

(٨) أي إلى انقضاء العدة.

(٩) قوله: "أو نظراً له [الزوج]" أي على اعتبار الخلاف على ما تقدم، وهو قوله: لأن حق الرجعة يثبت نظرا للزوج. (كفاية)

(١٠) قوله: "فصل فيما تحل إلخ" لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة. (عناية)

(١١) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات.

فينعدم[1] قبله، ومنع الغير في العدة[2] لاشتباه النَسب، ولا اشتباه في إطلاقه[3]. وإن كان الطلاق ثلاثًا في الحرة، أو ثنتين في الأمة لم تحل له[4]، حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا، ويدخل بها، ثم يطلقها، أو يموت عنها. والأصل[5] فيه قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعده حتى تنكح زوجًا غيره﴾، والمراد[6] الطلقة الثالثة والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرّة؛ لأن الرق منصِّف لحل المحلية[7] على ما عرف[8]، ثم الغاية[9] نكاح الزوج مطلقًا[10]، والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح. وشرطُ الدخول[11] ثبت بإشارة النصّ، وهو أن يحمل

(١٢) قوله: "معلق بالطلقة إلخ" لقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل﴾. (عناية)

(١) الزوال.

(٢) قوله: "ومنع الغير [أى عن العزم على نكاح المعتدة] إلخ" دفع دخل مقدر تقريره أن المنع وارد عن عزم نكاح المعتدة مطلقًا، قال الله تعالى: ﴿و لا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾، فكيف جاز للطالق أن يزوجها في العدة. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) قوله: "ولا اشتباه في إطلاقه" أى في تجويز نكاح المعتدة به؛ إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه، وذلك إنما يكون في معتدة الغير. (عناية)

(٤) أى للزوج الأول.

(٥) أى الدليل.

(٦) أى عند أكثر أهل التأويل بقوله تعالى: ﴿فإن طلقها﴾.

(٧) قوله: "منصف إلخ" إضافة التنصيف إلى الرق مجاز، يعنى أن الرقبة سبب لتنصيف حل المحلية؛ لكونه نعمة، والطلقة الواحدة لا تتجزأ فكملت. (عيني)

(٨) في الأصول. (عيني)

(٩) أى بكلمة حتى في قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجًا﴾.

(١٠) قوله: "نكاح الزوج مطلقًا" حيث لم يقيد بصحة، ولا فساد، والمطلق ينصرف إلى الكامل على ما عرف في الأصول، والزوجية المطلقة أى الكاملة إنما إلخ. (عناية)

(١١) أى وطئ الزوج الثاني.

النكاح[١] على الوطئ حملا للكلام على الإفادة[٢] دون الإعادة؛ إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج[٣]، أو يزاد على النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه السّلام[٤]: «لا تحل للأول حتى تذوق عُسَيلة الآخر»* روى بروايات[٥]، ولا خلاف لأحد فيه[٦] سوى سعيد ابن المسيب رضى الله عنه، وقولُه غير معتبر[٧]، حتى لو قضى به[٨] القاضى لا ينفذ، والشرط الإيلاجُ دون الإنزال؛ لأنه كمال ومبالغة فيه[٩]، والكمال قيد زائد[١٠].

والصبىّ المراهق فى التحليل كالبالغ؛ لوجود الدخول فى نكاح صحيح، وهو الشرط بالنصّ، ومالك يخالفنا فيه[١١]، والحجة عليه

---

(١) فى الآية.

(٢) والتأسيس أولى من التأكيد.

(٣) فى قوله تعالى: ﴿زوجًا غيره﴾.

(٤) قوله: "وهو قوله عليه السلام إلخ" هذا الحديث رواه الأئمة الستة فى كتبهم من حديث عائشة رضى الله عنها قالت: سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق زوجته، فتزوجت زوجًا غيره، ثم طلقها قبل أن يواقعها، أتحل لزوجها الأول؟ قال: «لا، حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٦ ص٧٣. (نعيم)

(٥) أى بألفاظ مختلفة.

(٦) أى فى اشتراط الدخول. (عناية)

(٧) قوله: "غير معتبر" لأنه مخالف للحديث المشهور. (ع)

(٨) أى بقول سعيد.

(٩) أى فى الدخول.

(١٠) قوله: "قيد زائد" لا يثبت إلا بدليل، ولا دليل عليه، بل الدليل يدل على عدمه؛ لأنه ذكر العسيلة، وهى تصغير العسلة، وهى كناية عن إصابة حلاوة الجماع، وهى تحصل بالإيلاج، فكان التصغير دالا على عدم الشبع بالإنزال. (عناية)

(١١) قوله: "يخالفنا فيه" أى فى اشتراط الإيلاج دون الإنزال، ويشترط الإنزال، وهو إنما يتحقق من البالغ،

مـا بيناه[١]. وفسّره[٢] في "الجامع الصغير": وقال[٣]: غلام لم يبلغ ومثله يجامع، جامع امرأة وجب عليها الغسل، وأحلها على الزوج الأول. ومعنى هذا الكلام[٤] أن يتحرّك آلته ويَشتهي[٥]، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين، وهو[٦] سبب لنزول ماءها، والحاجةُ إلى الإيجاب[٧] في حقّها، أما لا غسل على الصبي[٨]، وإن[٩] كان يؤمَر به[١٠] تخلّقًا[١١].

قال[١٢]: ووطئ المولى أمتَه[١٣] لا يُحلّها؛ لأن الغاية نكاح الزوج، وإذا تزوجها بشرط التحليل[١٤]، فالنكاح مكروه؛ لقوله عليه السّلام[١٥]: «لعن

فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في إفادة التحليل. (عناية)

(١) قوله: "ما بيناه" من أن الإنزال كمال ومبالغة فيه، وهو قيد لا دليل عليه. (عناية)

(٢) قوله: وفسره أي محمد، والضمير راجع إلى المراهق.

(٣) محمد.

(٤) أي كلام محمد. (ب)

(٥) الجماع.

(٦) فأقيم السبب الظاهر مقام السبب الخفي.

(٧) أي إيجاب الغسل.

(٨) لعدم الخطاب.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) الغسل.

(١١) أي اعتيادًا.

(١٢) أي القدوري.(عيني)

(١٣) قوله: "ووطئ المولى أمته إلخ" إذا طلق امرأته ثنتين، وهي أمة الغير، ووطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الأول؛ لأن غاية الحرمة نكاح الزوج، والمولى لا يسمى زوجًا. (عناية)

(١٤) قوله: "وإذا تزوجها إلخ" بأن قال: تزوجتك على أن أحللك، أو قالت المرأة: ذلك. (عناية)

(١٥) أخرجه ابن ماجة. (عيني)

الله المحلّل والمحلل له»*، وهذا هو محمله(٢)، فإن طلقها(٣) بعد وطئها حلت للأول؛ لوجود الدخول في نكاح صحيح؛ إذ النكاح لا يبطل بالشرط(٤). وعن أبي يوسف: أنه يفسد النكاح؛ لأنه(٥) في معنى الموقّت(٦) فيه، ولا يُحِلّها على الأول(٧) لفساده.

وعن محمد: أنه يصح النكاح(٨) لما بينا(٩)، ولا يُحلّها على الأول؛ لأنه استعجل ما أخره الشرع(١٠)، فيجازى بمنع مقصوده، كما في قتل المورث(١١). وإذا طلق الحرة تطليقةً، أو تطليقتين، وانقضت عدتها، وتزوجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الزوج الأول، عادت بثلاث تطليقات، ويهدم الزوج الثاني(١٢) ما دون الثلاث، كما يهدم الثلاث،

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٧ ص٧٣. (نعيم)

(٢) قوله: "وهذا هو محمله" أي محمله اشتراط التحليل في العقد، كما ذكرنا؛ إذ لو أضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن، وقيل: معنى قوله: هو محمله الكراهة محمل الحديث لإفساده. (عناية)

(٣) يعني الذي شرط التحليل.

(٤) ومن شرط التحليل صحة النكاح. (عناية)

(٥) أي النكاح بشرط التحليل.

(٦) كأنه قال: تزوجتك إلى وقت كذا. (عناية)

(٧) أي على الزوج الأوّل. (عناية)

(٨) أي أن النكاح بشرط التحليل.

(٩) قوله: "لما بينا" أن النكاح لا يبطل بالشرط. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه استعجل ما أخره الشرع" لأن النكاح عقد العمر، فيقتضي الحل للأول بعد موت الثاني، فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل. (عناية)

(١١) قوله: "كما في قتل المورث" أي كما إذا قتل شخص مورثه، فإنه يحرم الميراث؛ لأنه استعجل ما أخره الشرع. (عيني)

(١٢) قوله: "ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث" يعني أنه يجعل ذلك الباقي من الملك الأول كان لم يكن، ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا طلقها ثلاثًا جميعًا، أو فرادى. (عناية)

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يهدم ما دون الثلاث[١]؛ لأنه غاية للحرمة بالنص[٢]، فيكون منهيًا، ولا إنهاءَ للحرمة قبل الثبوت. ولهما قوله عليه السلام: «لعن الله المحلّل والمحلّل له» سماه[٣] محلّلا، وهو المثبت للحل[٤].

وإذ طلّقها ثلاثًا، فقالت: قد انقضت عدتي وتزوجتُ، ودخل بي الزوج[٥] وطلّقني، و انقضت عدتي، والمدة تحتمل ذلك، جاز للزوج أن يصدّقها إذا كان في غالب ظنّه أنها صادقة؛ لأنه معاملة[٦] أو أمر ديني[٧]؛ لتعلق الحلّ به، وقول الواحد فيهما مقبول، وهو[٨] غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله، واختلفوا في أدنى هذه المدة، وسنبينها في باب العدة[٩].

(١) قوله: "لا يهدم ما دون الثلاث" ويبقى الزوج مالكًا لما يبقى من الأول، وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك. (عناية)

(٢) قوله: "لأنه غاية إلخ" يعني أن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص، قال الله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ على ما تقدم، وكل ما كان غاية للحرمة، فهو منهٍ لها؛ لأن المغيا ينتهي بالغاية، فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة، ولا إنهاء للحرمة قبل ثبوتها، وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث. (عناية)

(٣) الزوج الثاني.

(٤) قوله: "وهو المثبت للحل" ثم الحل الذي يثبت به، إما أن يكون الحل السابق، أو حلا جديدًا، لا سبيل إلى الأول؛ لاستلزامه تحصيل الحاصل، فتعين الثاني، وبالضرورة يكون غير الأول، والأول حل ناقص، فكان الجديد كاملا، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث. (عناية)

(٥) الثاني.

(٦) قوله: "لأنه إلخ" أي لأن النكاح معاملة؛ لكون البضع متقومًا عند الدخول، وإذا كان معاملة، فخبر الواحد مقبول فيها بشرط التمييز كالولايات والمضاربات، والإذن في التجارة. (عيني)

(٧) قوله: "أو أمر ديني لتعلق الحل به" أي بالنكاح، ويقبل قولها فيه أيضًا، كما إذا أخبرت بنجاسة الماء وطهارته أوردت حديثًا. (عيني)

(٨) أي إخبار المرأة.

(٩) قوله: "وسنبينها في باب العدة" وعد ولم يذكرها في باب العدة، وأدنى هذه المدة عند أبي حنيفة شهران إن أقرت بمضي الأقراء، وعندهما تسعة وثلاثون يومًا، كأنه طلقها في الطهر، وحيضها ثلاثة،

باب[1] الإيلاء[2]

وإذا قال الرجل لامرأته: والله لا أقربك، أو قال: والله لا أقربك أربعة أشهر، فهو مولٍ؛ لقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربُّص أربعة أشهر﴾ الآية.

فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه، ولزمته الكفارة[3]؛ لأن الكفارة موجب الحنث، وسقط الإيلاء[4]؛ لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة.

وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي[5]؛ لأنه[6] مانعٌ حقَّها في الجماع، فينوب القاضي منابَه في التسريح[7]، كما في الجُبّ والعنة[8].

وطهرها خمسة عشر، فيمضي عدتها بطهرين ثلاثين يومًا، وثلاثة أقراء تسعة أيام للإمكان. (كفاية)

(١) قوله: "باب الإيلاء" قال الإنزاري: كان القياس أن يذكر الخلع قبل الإيلاء؛ لأن الخلع نوع من الطلاق، إلا أنه لما كان لغرض تباعد عن الطلاق، فأخر عن الإيلاء، وقدم الخلع على الظهار؛ لأنه منكر من القول وزور، وليس الخلع كذلك، ثم قدم الظهار على اللعان؛ لأن الظهار أقرب إلى الإباحة من اللعان بدليل أن سبب اللعان -وهو القذف بالزناء- لو أضيف إلى غير الزوجة يجب الحد، والموجب للحد معصية محضة. (عيني)

(٢) قوله: "الإيلاء" هو في اللغة: عبارة عن اليمين، يقال: آلى يولي إيلاءً إذا حلف. وفي الشريعة: عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدًا منعًا مؤكدًا باليمين. (ع)

(٣) أي كفارة اليمين.

(٤) قوله: "وسقط الإيلاء" على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق. (عناية)

(٥) قوله: "تبين إلخ" أي لا تقع الفرقة بمضي المدة، ولكنه توقف بعد المدة على أن يفيء إليها أو يفارقها، فإن أبى أن يفعل تبين بتفريق القاضي بينهما، فكان التفريق تطليقة بائنة. (عناية)

(٦) الزوج.

(٧) التخليص.

(٨) قوله: "كما في الجب [المجبوب: مقطوع الذكر والخصيتين] والعنة" أي ينوب القاضي منابه في التفريق فيما إذا وجدت زوجها مجبوبًا أو عنينًا، ووجه القياس دفع الضرر عنها عند فوت الإمساك بمعروف. (عيني)

ولنا أنه ظَلَمَهَا بمنع حقها[١]، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة، وهو المأثور* عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة[٢] وزيد ابن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين، وكفى بهم قدوةً، ولأنه كان طلاقًا فى الجاهلية[٣]، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة.

فإن كان حلف على أربعة أشهر[٤]، فقد سقطت اليمين؛ لأنها[٥] كانت موقّتةً به[٦]، وإن كان حلف على الأبد، فاليمين باقية؛ لأنها[٧] مطلقة، ولم يوجد الحنث[٨] لترتفع به، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج[٩]؛ لأنه لم يوجد منع الحقّ بعد البينونة[١٠].

فإن عاد فتزوجها[١١]، عاد الإيلاء فإن وطئها[١٢]، وإلا وقعت[١٣] بمضى

---

(١) وهو الوطئ فى المدة. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤١، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٨ ص٧٤. (نعيم)

(٢) قوله: "والعبادلة الثلاثة" وهم عند الفقهاء: عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله ابن عمر، وعند المحدثين: هم أربعة: ابن عمرو، وابن عباس، وابن الزبير، وابن عمر، ولم يذكروا فيهم عبد الله ابن مسعود رضى الله عنهم. (عناية)

(٣) قوله: "ولأنه كان طلاقًا فى الجاهلية" على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الإيلاء أبدًا، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة، فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل، فلا يتوقف على تطليقة، أو تفريق القاضى. (عناية)

(٤) قوله: "فإن كان حلف إلخ" يعنى إذا مضت أربعة أشهر، ولم يقربها، فلا يخلو، إن كان حلف على أربعة أشهر، أو على الأبد، فإن كان الأول فقد سقط اليمين إلخ. (عناية)

(٥) أى اليمين.

(٦) أى بأربعة أشهر.

(٧) أى اليمين.

(٨) فإن لم يطأ.

(٩) هو استثناء من قوله: فاليمين باقية. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه لم يوجد إلخ" إذ لا حق لها فى الجماع بعدها. (عناية)

(١١) قوله: "فتزوجها" أى بعد البينونة بمضى أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها. (عناية)

أربعة أشهر تطليقة أخرى ؛ لأن اليمين باقية لإطلاقها[١] ، وبالتزوج ثبت حقُّها ، فيتحقّق الظلم[٢] ، ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء[٣] من وقت التزوج .

فإن تزوجها ثالثًا عاد الإيلاء ، ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى إن لم يَقربها[٤] ؛ لما بيناه[٥] . فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاقٌ ؛ لتقييده[٦] بطلاق هذا الملك ، وهى[٧] فرع مسألة التنجيز الخلافية[٨] ، وقد مر من قبل[٩] . واليمين باقية ؛ لإطلاقِها[١٠] وعدم الحنث ، فإن وطئها كفر عن يمينه ؛ لوجود الحنث ، فإن حلف على أقل[١١] من أربعة أشهر لم يكن موليًا ؛ لقول ابن عباس[١٢] : "لا إيلاء فيما دون

(١٢) فى المدة قبها.

(١٣) تطليقة أخرى.

(١) عن التوقيت.

(٢) فيزال بالطلاق البائن. (عناية)

(٣) أى الإيلاء الثانى.

(٤) فى المدة.

(٥) قوله: "لما بيناه" إن اليمين باقية؛ لإطلاقها، وبالتزوج ثبت حقها، فيتحقق الظلم. (عناية)

(٦) قوله: "لتقيده إلخ" لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق بعدم القربان، وتعليق الطلاق ينحصر فى طلاق ذلك الملك الذى حصل فيه التعليق. (عناية)

(٧) أى هذه المسألة.

(٨) قوله: "مسألة التنجيز إلخ" قال فى "المبسوط": وإذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها، ثم طلقها ثلاثًا، بطل الإيلاء عندنا، خلافًا لزفر؛ لأن الإيلاء طلاق مؤجل، فهو إنما ينعقد على التطليقات المملوكة، ولم يبقَ شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها، وكذلك لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات، ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليًا إلا عند زفر. (عناية)

(٩) أى فى باب الأيمان فى الطلاق. (عناية)

(١٠) عن التوقيت.

(١١) بأن قال: والله لا أقربك شهرًا.

(١٢) روى هذا ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

أربعة أشهر" *، ولأن الامتناع عن قربانها(٢) في أكثر المدة بلا مانع، وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه. ولو قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين، فهو مولٍ؛ لأنه جمع بينهما بحرف الجمع(٣)، فصار كجمعه بلفظ الجمع(٤). ولو مكث يومًا(٥)، ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليًا؛ لأن الثاني إيجاب مبتدئ، وقد صار(٦) ممنوعًا بعد الأولى(٧) شهرين، وبعد الثانية(٨) أربعة أشهر إلا يومًا مكث فيه، فلم تتكامل(٩) مدة المنع(١٠).

ولو قال: والله لا أقربك سنة إلا يومًا لم يكن موليًا، خلافا لزفر، وهو يصرف الاستثناء إلى آخرها؛ اعتبارًا بالإجارة(١١)، فتمت مدة المنع.

ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء(١٢) يلزمه،

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٩ ص٧٤. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن الامتناع إلخ" تقريره أن الامتناع عن قربانها، أي عن قربان من آلى منها زوجها شهرًا في أكثر المدة، وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع؛ لأنه ليس فيه يمين، وبمثله أي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت حكم الطلاق بمضي أربعة أشهر؛ لخلو الزائد عن اليمين، فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر، أو أكثر بلا يمين، فإنه بمضي أربعة أشهر لا يقع شيء. (عناية)

(٣) أي الواو.

(٤) كأنه قال: لا أقربك أربعة أشهر. (ع)

(٥) بعد قوله: والله لا أقربك شهرين.

(٦) الزوج.

(٧) أي بعد اليمين الأولى.

(٨) مضافًا إلى الأولى بقوله: بعد الشهرين الأولين.

(٩) فلا يكون موليًا، بل هما يمينان يلزم بالقربان كفارتان.

(١٠) أربعة أشهر.

(١١) قوله: "اعتبارًا بالإجارة" أي كما لو قال: آجرت داري هذه سنة إلا يومًا. (عناية)

(١٢) أي الكفارة.

ويمكنه[١] ههنا؛ لأن المستثنى يوم منكر[٢]، بخلاف الإجارة؛ لأن الصرف إلى الآخر[٣] لتصحيحها، فإنها لا تصح مع التنكير[٤]، ولا كذلك اليمين.

ولو قربها في يوم، والباقي[٥] أربعة أشهر، أو أكثر، صار موليًا لسقوط الاستثناء. ولو قال -وهو[٦] بالبصرة-: والله لا أدخل الكوفة، وامرأته[٧] بها لم يكن موليًا؛ لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج[٨] من الكوفة. قال[٩]: ولو حلف[١٠] بحج[١١]، أو بصوم، أو بصدقة، أو عتق، أو طلاق، فهو مولٍ؛ لتحقق المنع[١٢] باليمين، وهو ذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزيةُ مانعةٌ لما فيها من المشقة، وصورة الحلف بالعتق[١٣] أن يعلق بقربانها عتقَ عبده، وفيه خلاف أبي يوسف، فإنه يقول:

---

(١) القربان.

(٢) قوله: "يوم منكر" فما من يوم يمر عليه بعد يمينه إلا ويمكنه بأن يجعله اليوم المستثنى، فيقربها فيه من غير شيء يلزمه، ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة؛ لأنه معين، فكان تغيير الكلام من المنكر إلى المعين بغير حاجة؛ لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين. (عناية)

(٣) أي إلى آخر السنة.

(٤) للجهالة.

(٥) من السنة.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو للحال.

(٨) بوكيله أو نائبه.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) بذكر الشرط والجزاء.

(١١) قوله: "بحج" إن قربتك، فعلي حج البيت، أو بصوم بأن قال: إن قربتك، فعلي صوم سنة، أو بصدقة، أو عتق بأن قال: إن قربتك، فعلي عتق رقبة، أو طلاق بأن قال: إن قربتك، فضرتك طالق. (عيني)

(١٢) عن القربان.

(١٣) قوله: "وصورة الحلف إلخ" إنما عين بيان صورة الحلف بقربان امرأته بعتق عبده؛ لأن فيه خلافًا لأبي

يمكنه البيع[١]، ثم القربان[٢]، فلا يلزمه شيء[٣]. وهما يقولان: البيع موهوم[٤]، فلا يمنع المانعية[٥] فيه[٦]، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقَها، أو طلاق صاحبتها[٧]، وكل ذلك مانع[٨]. وإن آلى من المطلقة الرجعية، كان موليا، وإن آلى من البائنة لم يكن موليًا؛ لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية، ومحلُّ الإيلاء من تكون من نساءنا بالنص[٩]، فلو انقضت العدة[١٠] قبل انقضاء مدة الإيلاء[١١]، سقط الإيلاء لفوات المحلية.

ولو قال لأجنبية: والله لا أقربكِ وأنت على كظهر أمي، ثم تزوجها، لم يكن موليًا، ولا مظاهرًا؛ لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا؛ لانعدام المحلية[١٢]، فلا ينقلب صحيحًا بعد ذلك، وإن قربها كفر؛ لتحقق الحنث؛

يوسف. (عناية)

(١) أي بيع عبده.

(٢) بالزوجة.

(٣) من الكفارة.

(٤) يحتمل أن يوجد، وأن لا يوجد.

(٥) قوله: "فلا يمنع المانعية [من القربان] إلخ" لكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه؛ لأنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، فإن اشتراه يلزمه الإيلاء من وقت الشراء؛ لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه. (عناية)

(٦) أي في الإيلاء.

(٧) وفي نسخة: ضرتها.

(٨) من القربان.

(٩) أي ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾.

(١٠) أي عدة الطلاق الرجعي.

(١١) أربع عشرة.

(١٢) إذ المحل نساءنا بالنص. (عناية)

إذ اليمين منعقدة في حقّه[١]. ومدة إيلاء الأمة شهران؛ لأن هذه مدة[٢] ضربت أجلا للبينونة، فتتنصف بالرق كمدة العدة[٣]، وإن كان المولى مريضًا[٤] لا يقدر على الجماع، أو كانت مريضة، أو رتقاء[٥]، أو صغيرة لا تجامَع، أو كانت بينهما مسافة[٦] لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء، ففيئه أن يقول بلسانه: فئتُ إليها في مدة الإيلاء، فإن قال ذلك: سقط الإيلاء. وقال الشافعي: لا فيء إلا بالجماع، وإليه ذهب الطحاوي؛ لأنه لو كان فيئًا لكان حنثًا[٧]. ولنا أنه[٨] آذاها بذكر المنع[٩]، فيكون إرضاءها بالوعد باللسان، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق.

ولو قدر على الجماع في المدة[١٠]، بطل ذلك الفيء، وصار فيئه

---

(١) قوله: "في حقه" أي في حق الحنث؛ لأن اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسًا، ولا يعتمد حله ولا حرمته، ألا يرى أنه لو قال: لأشربن الخمر في هذا اليوم، ومضى اليوم، ولم يشرب حنث، وإن كان الفعل حرامًا محضًا. (عناية)

(٢) أي في مدة الإيلاء.

(٣) فإن عدتها حيضتان، وعدة الحرة ثلاثة قروء.

(٤) وآلى وهو مريض.

(٥) قوله: "أو رتقاء" أي بنية الرتق يعني لم يكن لها خرق إلا المبال. (عيني)

(٦) كأربعة أشهر، أو فوقها.

(٧) قوله: "لكان حنثًا" لأن الفيء يستلزم حكمين: وجوب الكفارة، وانتفاء الفرقة، ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين، وهو الكفارة، فكذلك في الآخر. (عناية)

(٨) الزوج.

(٩) قوله: "آذاها بذكر المنع" لأن الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الإيلاء، لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع؛ إذ لا حق لها فيه حينئذ، وإنما قصده الإيحاش باللسان، ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان، وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم؛ لأن التوبة بحسب الجناية، فلا يجازى بالطلاق، ولا يلزم من كونه فيئًا على هذا الوجه أن يجب الكفارة؛ لأنها جزاء الحنث، والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان. (عناية)

(١٠) بعد الفيء باللسان.

بالجماع؛ لأنه قدر على الأصل[١] قبل حصول المقصود بالخلف[٢].

وإذا قال لامرأته: أنت عليَّ حرام، سئل عن نيته، فإن قال: أردت الكذب، فهو كما قال[٣]؛ لأنه نوى حقيقة كلامه. وقيل[٤]: لا يصدق في القضاء[٥]؛ لأنه يمين ظاهرًا[٦]، وإن قال: أردتُ الطلاق، فهي تطليقة بائنة[٧] إلا أن ينوي الثلاث[٨]، وقد ذكرناه في الكنايات.

وإن قال: أردت الظهارَ فهو ظهار، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ليس بظهار؛ لانعدام التشبيه بالمحرّمة[٩]، وهو الركن فيه، ولهما أنه أطلق الحرمة[١٠]، وفي الظهار نوع حرمة، والمطلق يحتمل المقيد. وإن قال: أردت التحريمَ، أو لم أرد به شيئًا، فهو يمين[١١] يصير به موليًا؛ لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو يمين

(١) جماع.

(٢) أي الفيء باللسان.

(٣) قوله: "فهو كما قال" أي لا يقع الطلاق، ولا يكون إيلاء، ولا ظهارًا؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن المرأة كانت حلالا له، فقوله: أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع، فيكون كذبًا. (عناية)

(٤) القائل: الكرخي.

(٥) في إبطال الإيلاء.

(٦) لكونه تحريم الحلال.

(٧) قوله: "فهي تطليقة بائنة" إن لم ينو شيئًا من العدد، أو نوى واحدة، أو ثنتين. (عناية)

(٨) فإنه من الكنايات. (عناية)

(٩) أي تشبيه المحللة.

(١٠) قوله: "أطلق الحرمة" وهي تحتمل أنواعًا، والظهار نوع منها، فيكون من محتملات مطلق الحرمة، ومن نوى محتمل كلامه صدق. (عناية)

(١١) قوله: "فهو يمين إلخ" فإن قربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء. (عناية)

عندنا(١)، وسنذكره في الأيمان إن شاء الله. ومن المشايخ(٢) من يصرف(٣) لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف، والله أعلم بالصّواب.

باب(٤) الخلع(٥)

وإذا تشاق(٦) الزوجان، وخافا أن لا يقيما حدودَ الله(٧)، فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمالٍ يخلعها(٨) به؛ لقوله تعالى: ﴿فلا جناح(٩) عليهما فيما افتدت به﴾. فإذا فعلا ذلك، وقع بالخلع تطليقة بائنة، ولزمها المال؛ لقوله عليه السلام(١٠): «الخلع تطليقة بائنة»* ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات(١١)، والواقع بالكنايات بائن إلا أن ذكر المال(١٢) أغنى عن

(١) قوله: "إنما هو يمين عندنا" لقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾ إلى قوله: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾. (عناية)

(٢) كأبي بكر الإسكاف، وأبي جعفر الهندواني.

(٣) قوله: "من يصرف إلخ" لأن العادة جرت بين الناس في زماننا هذا إنهم يريدون الطلاق بهذا، وقال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ. (عيني)

(٤) قوله: "باب الخلع" أخر الخلع عن الإيلاء لمعنيين: أحدهما: أن الإيلاء لتجرده عن المال، كان أقرب إلى الطلاق، بخلاف الخلع، فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة.

(٥) قوله: "الخلع [هو في الشريعة: عبارة عن أخذ مال المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. عناية]" بالفتح النزع، يقال: خلع ثوبه عن بدنه أي نزع، وخالعت زوجها إذا افتدت منه بمالها، والاسم الخلع بالضم. (ك)

(٦) أي تخاصما، وصار كل منهما في شق أي في جانب. (عناية)

(٧) أي ما يلزمها من حقوق الزوجة.

(٨) الزوج.

(٩) قوله: "فلا جناح [أي فلا جناح]" على الرجل فيما أخذ، ولا على المرأة فيما أعطت، سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداه من الأسر؛ إذ استنقذه لما أن النساء عوان عند الأزواج بالحديث، فكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء. (عناية)

(١٠) رواه الدارقطني عن ابن عباس. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٠ ص٧٥. (نعيم)

(١١) قوله: "حتى صار من الكنايات" فإذا قال: خالعتك، ولم يذكر العوض، ونوى به الطلاق وقع.(ع)

النية هنا، ولأنها لا تتسلم المال إلا لتسلم لها نفسها، وذلك بالبينونة.

وإن كان النشوز من قبله[١]، يكره له أن يأخذ منها عوضًا؛ لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾[٢] إلى أن قال: ﴿فلا تأخذوا منه شيئًا﴾، ولأنه أوحشها بالاستبدال، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال، وإن كان النشوز منها[٣]، كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها[٤]. وفي رواية "الجامع الصغير": طاب الفضل أيضًا[٥]؛ لإطلاق ما تلونا بدءً[٦]، ووجهُ الأخرى[٧] قوله عليه السلام[٨] في امرأة ثابت بن قيس ابن شماس*، أما الزيادة فلا[٩]، وقد[١٠] كان النشوز منها.

---

(١٢) قوله: "إلا أن إلخ" أي فإن قيل: لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا، وليست بشرط، أجاب عنه بقوله: إلا أن إلخ. (عناية)

(١) قوله: "وإن كان النشوز إلخ" يقال: نشزت المرأة على زوجها، فهي ناشزة إذا استعصت عليه وأبغضته، وعن الزجاج: النشوز يكون من الزوجين، وهو كراهة كل منهما صاحبه. (عناية)

(٢) ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا﴾ إلخ.

(٣) هذه رواية طلاق الأصل. (عيني)

(٤) وهو مقدار المهر.

(٥) أي الفضل على مقدار مهرها. (عيني)

(٦) قوله: "لإطلاق ما تلونا بدءً" أي أولا يعني قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره. (عناية)

(٧) أي رواية الأصل.

(٨) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" أخرجه الدارقطني في "سننه" عن حجاج عن ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير بن ثابت بن قيس بن شماس، كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقته فكرهته، فقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي ﷺ أما الزيادة فلا ولكن حديقته فأخذها وخلى سبيلها»، انتهى. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٨١ ص٧٥. (نعيم)

(٩) قوله: "أما الزيادة فلا" فدل الحديث على الكراهة في أخذ الفضل. (عيني)

(١٠) الواو حالية.

ولو أخذ الزيادة(١) جاز في القضاء، وكذلك(٢) إذا أخذ(٣)، والنشوز(٤) منه؛ لأن مقتضى ما تلوناه(٥) شيئان: الجواز حكمًا والإباحةُ، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض، فبقي معمولا في الباقي.

وإن طلقها على مال(٦)، فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال؛ لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزًا أوتعليقًا، وقد علّقه بقبولها(٧)، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه، وإن(٨) لم يكن مالا كالقصاص(٩)، وكان الطلاق بائنًا لما بينا(١٠)، ولأنه معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد البدلين(١١)، فتملك(١٢) هي الآخر(١٣)،

(١) على المهر.

(٢) أي جاز.

(٣) أي الزيادة.

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "لأن مقتضى ما تلوناه" قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ شيئان: الجواز حكما أي جواز أخذ الزيادة في القضاء. والإباحة أي إباحة الزيادة، والإباحة ضد الكراهة، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض، وهو قوله ﷺ: «أما الزيادة فلا»، فبقي معمولا في الباقي، وهو الجواز، وفيه بحث فإن الحديث خبر واحد، وهو لا يعارض الكتاب؟والجواب أن المعارض الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾ إلى قوله: ﴿فلا تأخذوا منه شيئًا﴾، والكتاب يجوز أن يعارض الكتاب، وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر، فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب، فكانت جائزة.(ع)

(٦) مثل إن قال: أنت طالق بألف درهم، أو على ألف درهم. (عناية)

(٧) قوله: "وقد علقه بقبولها" بدلالة مقام المعاوضة، فإن الحكم يتعلق فيه بالقبول. (عناية)

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "كالقصاص" فإنه ليس بمال، فجاز أخذ العوض عنه، والجامع وجود الالتزام من أهله.(ب)

(١٠) قوله: "لما بينا" إنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها. (عناية)

(١١) المال.

(١٢) الزوجة.

(١٣) أي البدل الآخر.

وهو النفس تحقيقًا للمساواة.

قال[١]: وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم[٢] على خمر، أو خنزير، أو ميتة، فلا شيء للزوج، والفرقة بائنة، وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيًا، فوقوعُ الطلاق في الوجهين[٣] للتعليق بالقبول، وافتراقهما[٤] في الحكم؛ لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع، وهو كناية[٥]، وفي الثاني الصريحَ، وهو يعقب الرجعة، وإنما لم يجب للزوج شيء عليها؛ لأنها ما سَمَّتْ مالا متقومًا حتى تصير غارّةً له، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمّى للإسلام[٦]، ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام. بخلاف ما إذا خالع على خلٍّ بعينه، فظهر أنه خمر[٧]؛ لأنها سمّت مالا، فصار مغرورًا، وبخلاف ما إذا كاتب، أو أعتق على خمر[٨] حيث تجب قيمة العبد؛ لأن ملك المولى فيه متقوم[٩]، وما رضي بزواله مَجَّانًا[١٠]. أما ملك البُضع في حالة الخروج غير متقوم[١١] على

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) المرأة.

(٣) قوله: "فوقوع الطلاق في الوجهين" أي بطلان العوض في الخلع، وبطلان العوض في الطلاق للتعليق بالقبول، أي لأجل تعليق الطلاق بقبول المرأة، وقد قبلت. (عيني)

(٤) بالبينونة والرجعة.

(٥) قوله: "وهو كناية" كما تقدم، والواقع بها بائن؛ إذا لم تكن من الألفاظ الثلاثة، وهذه اللفظة ليست منها. (عناية)

(٦) قوله: "للإسلام" أي لامتناع المسلم عن تسلميه وتسلمه. (عناية)

(٧)قوله: "فظهر أنه خمر" فإنه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة، وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط؛ لأنها سمت مالا، وغرته بذلك، فكانت ضامنة؛ لأن التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان. (عناية)

(٨) ولو كانت الكتابة على ميتة، أودم، فالكتابة باطلة حتى لو أدى لم يعتق، ولايجب القيمة. (ع)

(٩) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب. (عناية)

(١٠) قوله: "وما رضي بزواله مجانا" فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه، لزمته قيمة المبدل، وهو

ما نذكر[١] وبخلاف النكاح[٢]؛ لأن البضع[٣] فى حالة الدخول متقوم، والفقه أنه شريف، فلم يشرع تملكه إلا بعوض؛ إظهاراً لشرفه، فأما الإسقاط[٤] فنفسه شريف[٥]، فلا حاجة إلى إيجاب المال.

قال[٦]: وما جاز أن يكون مهراً[٧] جاز[٨] أن يكون بدلا فى الخلع؛ لأن ما يصلح عوضًا للمتقوم[٩] أولى أن يصلح لغير المتقوم[١٠]، فإن قالت له: خالِعنى على ما فى يدى فخالعها، ولم يكن فى يدها شىء، فلا شىء عليها؛ لأنها لم تغرّه بتسمية المال[١١]. وإن قالت: خالِعنى على ما فى يدى من مال فخالعها، فلم يكن فى يدها شىء ردّت عليه مهرها؛ لأنها لما سمَّت مالا لم يكن الزوج راضيًا بالزوال إلا بعوضٍ، ولا وجه إلى

الرقبة المتقومة. (عناية)

(١١) فلا يلزمها شىء. (عناية)

(١) بعيد هذا بقوله: والفقه. (عناية)

(٢) قوله: "وبخلاف النكاح إلخ" أشار به إلى الفرق بينه وبين الخلع، حيث يصح النكاح، ويجب مهر المثل، ويصح الخلع، ولا يجب شىء. (عينى)

(٣) أى على خمر، أو دم.

(٤) أى إسقاط ملك الزوج عن البضع.

(٥) قوله: "فنفسه شريف" قال السغناقى: فنفسه شرف أى شرف المرأة حيث تعود مالكيته على نفسها من كل وجه كما كانت، فلذلك لم يجب على الزوج شىء. (عينى)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وما جاز أن يكون إلخ" وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل: وما لا يجوز أن يكون مهراً، لا يجوز أن يكون بدلا فى الخلع؛ لأن من الأشياء ما لا يصلح للمهر، ويصلح لبدل الخلع كدرهم إلى تسعة دراهم. (ب)

(٨) إجماعًا.

(٩) البضع.

(١٠) إسقاط ملك البضع.

(١١) قوله: "لأنها لم تغره إلخ" لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغيره. (عناية)

إيجاب المسمى، وقيمته للجهالة[١] ولا إلى[٢] قيمة البضع أعنى مهر المثل؛ لأنه غير متقوم حالة الخروج، فتعين إيجاب ما قام به على الزوج[٣]؛ دفعًا للضرر عنه.

ولو قالت: خالِعنى على ما فى يدى من دراهم، أو من الدراهم، ففعل، فلم يكن فى يدها شيء، فعليها ثلاثة دراهم؛ لأنها سمّت الجمع، وأقلّه ثلاثة، وكلمةُ من ههنا[٤] للصلة[٥] دون التبعيض؛ لأن الكلام يختل بدونه[٦]. وإن اختلعت على عبد لها آبقٍ على أنها بريئة من ضمانه[٧] لم تبرأ، وعليها تسليمُ عينه إن قدرت، وتسليم قيمته إن عجزت؛ لأنه[٨] عقد المعاوضة، فيقتضى سلامةَ العوض، واشتراطُ البراءة عنه[٩] شرط فاسد[١٠] فيبطل، إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، وعلى هذا النكاح[١١].

(١) قوله: "للجهالة" أى بجهالة المسمى، وإذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة.(ع)

(٢) أى لا وجه إلى.

(٣) وهو المهر.

(٤) قوله: "وكلمة من ههنا للصلة" أى البيان دون التبعيض؛ لأن الكلام يختل بدونه أى بدون "من" لأنها لو قالت: خالعنى على ما فى يدى دراهم، كان الكلام مختلا، فكان صلة، ويبقى لفظ الجمع، فيلزمها ثلاثة دراهم. (عينى)

(٥) قوله: "للصلة" كأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين. (عناية)

(٦) قوله: "يختل بدونه" كل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبعيض، كما فى مسألة الجامع إن كان فى يدى من الدراهم فعبدى حر، وفى كل موضع يختل الكلام بدونه، كما فى مسألة الجامع يكون صلة؛ لأن قوله: خالعنى على ما فى يدى دراهم بدون من يكون مختلا؛ لأن الموضع للتبيين، فحذف من ههنا يخل بالمقصود. بخلاف مسألة الجامع فإن الكلام فيها لا يختل بدونه، فإذا ذكر يجعل للتبعيض؛ ليحصل فائدة جديدة.(ك)

(٧) قوله: "على أنها بريئة من ضمانه" يعنى أن لا تطالب بتحصيله وتسليمه، بل إن حصل تسلمه إليه، و إلا فلا شيء عليها. (عناية)

(٨) الخلع.

(٩) العوض.

(١٠) لأنه لا يقتضى العقد. (عناية)

(١١) قوله: "وعلى هذا النكاح" يعنى إذا تزوج امرأة على عبد آبق على أنه برئ من ضمانه لم يبرأ، وعليه

وإذا قالت: طلّقنى ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة، فعليها ثلث الألف؛ لأنها لما طلبت الثلاث بألف، فقد طلبت كلَّ واحدة بثلثِ الألف، وهذا لأن حرف الباء تصحب الأعواض، والعوض ينقسم على المعوض، والطلاق[1] بائن لوجوب المال.

وإن قالت: طلّقنى ثلاثًا على ألف، فطلقها واحدة[2]، فلا شيء عليها عند أبى حنيفة، ويملك الرجعة. وقالا: هى واحدة بائنة بثلث الألف؛ لأن كلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات[3]، حتى إن قولهم: احمل هذا الطعام بدرهم، أو على درهم سواءٌ، وله أن كلمة على للشرط[4]، قال الله تعالى: ﴿يبَايِعنَكَ عَلى[5] أنْ لا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئًا﴾، ومن قال[6] لامرأته: أنتِ طالق على أن تدخل الدار كان شرطًا، وهذا لأنه[7] للملزوم حقيقةً، واستعير للشرط؛ لأنه يلازم الجزاء[8]، وإذا كان للشرط، فالمشروط لا يتوزع[9] على أجزاء الشرط، بخلاف الباء؛ لأنه

تسليم عينه إلخ. (عناية)

(١) الواقع.

(٢) وقع طلاق رجعى. (عناية)

(٣) قوله: "بمنزلة الباء إلخ" وإذا كان معاوضة، وكلمة على بمنزلة الباء انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض. (عناية)

(٤) قوله: "كلمة على للشرط" أى يستعمل للشرط؛ لأن أصلها اللزوم، فاستعير للشرط؛ لأنه يلازم الجزاء.(ك)

(٥) أى بشرط عدم الإشراك. (عناية)

(٦) قوله: "ومن قال" هذه المسألة للاستشهاد على أن "على" للشرط، وليست هى بمسألة ابتدائية.(ب)

(٧) أى لأن حرف على.

(٨) فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم. (عناية)

(٩) قوله: "لا يتوزع" على صيغة المجهول يقال: توازعوا إذا اقتسموا على أجزاء الشرط؛ لأن المشروط لا يوجد إلا عند وجود الشرط، والشرط عبارة عن جميع الأجزاء، فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء من

للعوض على ما مر[١]، وإذا لم يجب المال[٢] كان[٣] مبتدأ[٤]، فوقع الطلاق، ويملك الرجعة.

ولو قال الزوج: طلقي نفسك ثلاثًا بألف، أو على ألف، فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء؛ لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا ليسلم الألف كلها، بخلاف قولها: طلّقني ثلاثًا بألف[٥]؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألفٍ كانت ببعضها[٦] أرضى. ولو قال: أنتِ طالق على ألف فقبلت، طلقت، وعليها الألف، وهو كقوله: أنتِ طالق بألف، ولا بد من القبول في الوجهين[٧]؛ لأن معنى قوله: بألف بعوض ألفٍ يجب لي عليك، ومعنى قوله: على ألف، على شرط ألفٍ، يكون لي عليك، والعوضُ لا يَجب بدون قبوله[٨]، والمعلّقُ بالشرط لا ينزل قبل وجوده، والطلاقُ بائن؛ لما قلنا[٩]. ولو قال لامرأته: أنت طالق، وعليكِ ألف، فقبلت، أو قال لعبده: أنتَ حر وعليكَ ألف، فقبل عتق العبد، وطلقت المرأة، ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة، وكذا إذا لم يقبلا.

الشرط؛ لعدم وجود الشرط. (عيني)

(١) قوله: "على ما مر" أراد به قوله: لأن حرف الباء تصحب الأعواض. (عناية)

(٢) قوله: "وإذا لم يجب المال" أي في المسألة المذكورة، وهي قولها: طلقني ثلاثًا على ألف إلخ. (ب)

(٣) الطلاق.

(٤) أي غير مبني على سؤالها.(عناية)

(٥) فطلقها واحدة يقع واحدة بائنة. (عيني)

(٦) الألف.

(٧) أي على ألف، أو بألف.

(٨) عوض.

(٩) قوله: "لما قلنا" يعني في أول هذا الباب من الحديث، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الخلع تطليقة بائنة»، ومن المعقول، وهو قوله: ولأنها لا تتسلم المال إلا لتسلم لها نفسها. (عناية)

وقالا: على كل واحد منهما الألفُ إذا قبل[١]، وإذا لم يقبل، لا يقع الطلاق والعتاق، لهما أن هذاالكلام[٢] يستعمل للمعاوضة[٣]، فإن قولهم: احمل هذا المتاعَ ولكَ درهم: بمنزلة قولهم: بدرهم.

وله أنه[٤] جملة تامة، فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة[٥]؛ إذ الأصل فيها الاستقلال، ولا دلالةَ؛ لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال، بخلاف البيع والإجارة؛ لأنهما لا يوجدان دونه[٦]. ولو قال: أنتِ طالق على ألف على أني بالخيار، أو على أنكِ بالخيار ثلاثة أيام[٧] فقبلت[٨]، فالخيار باطل[٩] إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة، فإن ردت الخيار في الثلاث[١٠] بطل[١١]، وإن لم ترد[١٢] طلقت، ولزمها الألف، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: الخيار باطل في الوجهين[١٣]، والطلاق واقع، وعليها ألف

(١) المال.

(٢) أي وعليك ألف.

(٣) قوله: "للمعاوضة" والخلع معاوضة، فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة، كأنه قال: أنت طالق بألف درهم، فقبلت. (عناية)

(٤) أي عليك ألف.

(٥) أي بدليل.

(٦) قوله: "لأنهما لا يوجدان دونه" أي دون المال؛ لكونهما معاوضة محضة، فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا. (عناية)

(٧) طلقت. (عناية)

(٨) قالت: قبلت. (عيني)

(٩) والطلاق واقع. (عيني)

(١٠) سه روز.

(١١) أي الطلاق. (عناية)

(١٢) قوله: "وإن لم ترد" أي إن أجازت الطلاق، ولم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق. (عناية)

(١٣) قوله: "في الوجهين" أي فيما إذا كان الخيار من جانبها، أو من جانبه. (عيني)

درهم؛ لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد[١]، لا للمنع من الانعقاد، والتصرفان[٢] لا يحتملان الفسخ من الجانبين[٣]؛ لأنه[٤] في جانبه يمينٌ، ومن جانبها شرطها. ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع[٥]، حتى يصح رجوعُها[٦]، ولا يتوقف[٧] على ما وراء المجلس، فيصح اشتراط الخيار فيه. أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعُه[٨]، ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق[٩].

ومَن قال لامرأته: طلقتكِ أمسِ على ألف درهم فلم تقبلي، فقالت: قبلتُ، فالقول قول الزوج، ومَن قال لغيره: بعت منكَ هذا العبد بألف درهم أمسِ، فلم تقبل، فقال: قبلت، فالقول قول المشتري.

---

(١) ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا. (عناية)

(٢) يعني إيجاب الزوج، وقبول المرأة. (عناية)

(٣) قوله: "من الجانبين" أما من جانبه فلأنه يمين؛ لأنه ذكر الشرط والجزاء معنى، واليمين لا يقبل الفسخ، وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين، فإن يمين الزوج يتم بقبول المرأة، فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ. (عناية)

(٤) الخلع.

(٥) لأنه تمليك مال بعوض. (عيني)

(٦) قوله: "حتى يصح" يعني اگر ابتدا از جانب زن باشد باين طور كه بگويد كه طلاق بده مرا بعوض هزار باين شرط كه خيار سه روزست مرا با ترا بعد ازان رجوع نمايد پيش از قبول شوهر صحيح است رجوع آن. (ترجمة)

(٧) أي لو قامت من المجلس بطل. (عناية) يعني اگر برخيزد ازمجلس پيش از قبول شوهر پس آن باطل مى گردد. (ترجمه)

(٨) عنه.

(٩) قوله: "مثل جانبها إلخ" يعني يصح الخيار من العبد، إذا خيره في الإعتاق على مال، كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة. (عناية)

ووجه الفرق(١) أن الطلاق بالمال يمينٌ من جانبه(٢)، فالإقرار به(٣) لا يكون إقراراً(٤) بالشرط(٥) لصحتيه بدونه(٦)، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول(٧)، والإقرارُ به إقرار بما لا يتم إلا به، فإنكاره(٨) القبول(٩) رجوعٌ منه(١٠). قال(١١): والمبارأة(١٢) كالخلع كلاهما يُسقِطان(١٣) كلّ حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح(١٤) عند أبي حنيفة.

---

(١) قوله: "ووجه الفرق" أي بين المسألتين: مسألة الطلاق، ومسألة البيع. (عيني)

(٢) قوله: "يمين من جانبه" فإنه تعليق للطلاق بقبولها المال، ولهذا لا يصح الرجوع عنه. (عناية)

(٣) أي باليمين.

(٤) ليصح قوله: فلم تقبل.

(٥) أي بوجود الشرط.

(٦) أي لصحة اليمين بدون الشرط.

(٧) ولهذا يملك الرجوع قبل القبول. (عناية)

(٨) بقوله: فلم تقبل.

(٩) فالقول ليس قوله.

(١٠) فلا يسمع.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "والمبارأة" من بارأ شريكه أي أبرأ كل واحد منهما صاحبه، وهي بالهمزة، قال في "المغرب": ترك الهمز خطأ. (عيني)

(١٣) قوله: "كلاهما يسقطان إلخ" فلو كان مهرها ألفا، فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها، فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة.
وفي قولهما: ترجع عليه بأربعمائة درهم، ولو كان قبضت ألفا، ثم اختلعت بمائة درهم، لم يكن للزوج غير المائة في قوله: وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف. وإذا خالعها على مال مسمى، معلوم، معروف، سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولا بها، والمهر مقبوض، فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء، وإن كان المهر غير مقبوض، فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا ترجع عليه بشيء من المهر عند أبي حنيفة، خلافا لهما. وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها، والمهر مقبوض، فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع، ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة، وإن لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع، وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما.
وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر، فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة. (عناية)

(١٤) قوله: "مما يتعلق بالنكاح" مثل المهر والنفقة الماضية دون المستقبلة؛ لأن للمختلعة والمبارأة النفقة

وقال محمد: لا يَسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه[(١)] فى الخلع، ومع أبى حنيفة فى المبارأة، لمحمد أن هذه[(٢)] معاوضة، وفى المعاوضات يُعتبر المشروط لا غيره. ولأبى يوسف أن المبارأة مفاعلةٌ من البراءة، فتقتضيها[(٣)] من الجانبين، وأنه[(٤)] مطلقٌ قَيّدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض[(٥)]، أما الخلع فمقتضاه الانخلاع، وقد حصل فى نقض النكاح، ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام[(٦)]. ولأبى حنيفة أن الخلع يُنبئ عن الفصل[(٧)]، ومنه خلع النعل، وخلع العمل[(٨)]، وهو مطلق كالمبارأة، فيعمل بإطلاقهما فى النكاح، وأحكامه، وحقوقه.

ومن خلع ابنته -وهى[(٩)] صغيرة- بمالها لم يجز عليها؛ لأنه لا نظر[(١٠)] لها فيه[(١١)]؛ إذ البضع فى حالة الخروج غير متقوم، والبدل متقوم[(١٢)]،

والسكنى ما دامت فى العدة، وهذا القول احتراز عن دين وجب بسبب آخر، فإنه لا يسقط على ظاهر الرواية.(ب)

(١) أى مع محمد.

(٢) أى كل واحد من الخلع والمبارأة.

(٣) البراءة.

(٤) أى أن البراءة.

(٥) قوله: "لدلالة الغرض" وهو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح.(ع)

(٦) أى سائر الأحكام. (عينى)

(٧) قوله: "ينبئ عن الفصل" فالفصل لا يكون إلا عن وصل، ولا وصل إلا بالنكاح، وحقوقه اللازمة به، وقد صدر مطلقًا عن غير قيد بالنكاح كالمبارأة، فيعمل بالإطلاق، كما فى المبارأة فى النكاح وأحكامه، وحقوقه قولا بكمال الفصل، ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع؛ لتسقط به، وإنما تجب بعده شيئًا فشيئًا. (عناية)

(٨) وهو إنفصال العامل عنه. (عناية)

(٩) الواو للحال.

(١٠) وولاية الأب نظرية.

(١١) أى فى هذا الخلع.

بخلاف النكاح[١]؛ لأن البضع متقوم عند الدخول، ولهذا[٢] يعتبر خُلع المريضة من الثلث[٣]، ونكاحُ المريض بمهر المثل من جميع المال[٤]، وإذا لم يجز[٥] لا يسقط المهر، ولا يستحق[٦] مالها، ثم يقع الطلاق في رواية، وفي روايةٍ لا يقع، والأول أصح[٧]؛ لأنه تعليقٌ بشرط قبوله[٨]، فيُعتبر بالتعليق بسائر الشروط[٩].

وإن خالعَها على ألفٍ على أنه[١٠] ضامن، فالخلع واقعٌ، والألف على الأب؛ لأن اشتراط بَدل الخلع على الأجنبي صحيحٌ، فعلى الأب أولى[١١]، ولا يسقط مهرها[١٢]؛ لأنه[١٣] لم يدخل تحت ولاية الأب.

(١٢) قوله: "والبدل متقوم" ومقابلة ما ليس بمتقوم بما له قيمة ليست من النظر في شيء. (عناية)

(١) قوله: "بخلاف النكاح" فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح. (عناية)

(٢) قوله: "ولهذا" أي لأجل كون البضع في حالة الخروج غير متقوم، ومتقوما عند الدخول. (عيني)

(٣) أي من ثلث مالها.

(٤) فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم، وهذا من وجوه النظر. (عناية)

(٥) الخلع.

(٦) الزوج.

(٧) قوله: "والأول أصح" وجه الرواية الأخرى أن الخلع في معنى اليمين، والإيمان لا يجرى فيها النيابة، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة. (عناية)

(٨) أي قبول الأب.

(٩) قوله: "فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط" مثل أن يقول: إن دخلت الدار، أو غيره، وفي ذلك يقع إذا وجد الشرط، فكذلك إذا وجد القبول. (عناية)

(١٠) قوله: "على أنه ضامن" ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه، لا الكفالة عن الصغيرة؛ لأن الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد. (عناية)

(١١) قوله: "أولى" فإن الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر، أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل، فإذا كان التزام بدله من الأجنبي صحيحا مع قصور الشفقة، فلأن يصح من الأب مع وفورها أولى. (عناية)

(١٢) أي وإن كان الخلع يسقطه. (عناية)

(١٣) مهر.

وإن شرط[١] الألف عليها[٢] توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول[٣]، فإن قبلت وقع الطلاق؛ لوجود الشرط[٤]، ولا يجب المال؛ لأنها[٥] ليست من أهل الغرامة، فإن قبله[٦] الأب عنها، ففيه روايتان[٧].

وكذا إن خالعها على مهرها، ولم يَضمن الأب المهرَ توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت[٨]، ولا يسقط المهر[٩]، وإن قبل الأب عنها، فعلى الروايتين[١٠]. وإن ضمن[١١] الأبُ المهر، وهو ألف درهم طلقت؛ لوجود قبوله[١٢]، وهو الشرط، ويلزمُه خمسمائة استحسانًا[١٣].

وفي القياس يلزمه[١٤] الألف، وأصلُه[١٥] في الكبيرة: إذا اختلعت

(١) الزوج.

(٢) أي على الصغيرة.

(٣) بأن كانت تعقل العقد، وتعبر عن نفسها. (عناية)

(٤) أي القبول.

(٥) الصغيرة.

(٦) أي بدل الخلع.

(٧) قوله: "ففيه روايتان" في رواية: يصح؛ لأن هذا نفع محض؛ لأن الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال، فصح من الأب كقبول الهبة، كذا في "مبسوط فخر الإسلام"، وفيه نظر. وفي رواية: لا يصح؛ لأن هذا القبول بمعنى قبول اليمين، وذلك مما لا يحتمل النيابة. (عناية)

(٨) لوجود الشرط.(عناية)

(٩) لأنها ليست من أهل الغرامة. (عناية)

(١٠) قوله: "فعلى الروايتين" في رواية: يصح، وفي أخرى: لا يصح، ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفًا. (عناية)

(١١) أي التزم على ذمته.

(١٢) أي قبول الأب.

(١٣) قوله: "استحسان" لأن فرض المسألة فيما إذا كانت غير ملموسة، فكان المهر ألفا، فأضاف الجمع إلى مهرها ما يجب لها بالنكاح، والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر، وهو خمس مائة، فكأنه خالعها على خمس مائة. (عناية)

(١٤) بحكم الضمان.(عناية)

قبل الدخول على ألف، ومهرها ألف، ففي القياس عليها[1] خمس مائةٍ[2] زائدةٍ[3]، وفي الاستحسان لا شيء عليها[4]؛ لأنه يراد به[5] عادةً حاصل ما يلزم لها.

باب الظهار[6]

وإذا قال الرجل لامرأته: أنتِ عليّ كظهر أمي، فقد حرمتْ عليه، لا يحل له وطئها ولا مسّها ولا تقبيلها حتى يكفّر عن ظهاره؛ لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾[7] إلى أن قال: ﴿فتحرير رقبةٍ من قبل أن يتماسّا﴾. والظهارُ كان طلاقًا في الجاهلية[8]، فقرّر الشرع أصلَه، ونقل

(١٥) أي أصل ما ذكر من هذه المسألة.

(١) للزوج.

(٢) قوله: "عليها خمس مائة زائدة" لأن خمس مائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول، وقد التزمت المرأة الألف، ونصف الألف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة؛ لأن لها على الزوج خمس مائة باقية بعد سقوط نصف المهر، فيجب عليها خمس مائة زائدة على الألف تتميما للألف التي لزمتها. (عناية)

(٣) قوله: "زائدة" بالجر؛ لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب، كما في قوله تعالى: ﴿سبع بقرات سمان﴾، كذا في "النهاية"، وقال: هكذا أفاد شيخي مرارا. (عناية)

(٤) قوله: "لا شيء عليها" لأن مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته، وقد حصل، فلا يلزمها شيء زائد على ذلك. (عناية)

(٥) قوله: "يراد به [أي بالخلع] إلخ" قال تاج الشريعة: وجه الاستحسان أنهم يريدون بالخلع على المهر ما يلزمه لها، وهو خمس مائة بالطلاق قبل الدخول، فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعا على خمس مائة، وقد سقط عن الزوج، فلا شيء له عليها، فافهم. (عيني)

(٦) قوله: "باب الظهار" قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها، ويحتاج إلى تقديم الظهار على اللعان. ووجهه: أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته يوجب حد القذف، وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة.

والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، وفي اصطلاح الفقها تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقًا بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة. (عناية)

(٧) ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير﴾ إلخ.

(٨) قوله: "كان طلاقًا في الجاهلية" يعني أن أحدهم في الجاهلية إذا أراد أن يطلق امرأته، جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالفخذ، والظهر، والبطن، والفرج. (عناية)

حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح، وهذا لأنه جناية؛ لكونه منكراً[١] من القول وزوراً، فيناسب المجازاة عليها بالحرمة، وارتفاعها بالكفارة. ثم الوطئ إذا حرم حرم بدواعيه[٢]؛ كي لا يقع فيه، كما في الإحرام، بخلاف الحائض والصائم[٣]؛ لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي يُفضي إلى الحرج، ولا كذلك الظهار والإحرام.

فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى، ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى[٤]، ولا يعاود[٥] حتى يكفر؛ لقوله عليه السلام للذي واقع[٦] في ظهاره قبل الكفارة: «استغفر الله ولا تَعُد حتى تكفر»*، ولو كان شيء آخر واجباً لبيّنه عليه السلام، قال[٧]: وهذا اللفظ[٨] لا يكون إلا ظهاراً؛ لأنه صريح فيه، ولو نوى الطلاق به لا يصح؛ لأنه منسوخ[٩]، فلا يتمكن من الإتيان به[١٠]. وإذا قال: أنتِ عليّ كبطن أمي، أو كفخذها، أو كفرجها، فهو مُظاهر؛ لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحلّلة

(١) قوله: "لكونه منكراً" المنكر ما ينكره الحقيقة والشرع، والزور: وهو الكذب، والباطل، والجناية.(ع)

(٢) كالمس والتقبيل.

(٣) حيث لا تحرم الدواعي فيهما. (عناية)

(٤) قوله: "غير الكفارة الأولى" أي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص. (عناية)

(٥) أي الوطئ.

(٦) سلمة بن صخر.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٢ ص٧٥. (نعيم)

(٧) أي المصنف. (عيني)

(٨) يعني قوله: أنت علي كظهر أمي. (عيني)

(٩) أي لأن كونه طلاقاً.

(١٠) قوله: "فلا يتمكن إلخ" لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع، وليس للعبد ذلك. (عناية)

بالمحرمة[١]، وهذا المعنى[٢] يتحقق فى عضوٍ[٣] يجوز النظر إليه، وكذا[٤] إن شَبَّهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته، أو عمّته، أو أمّه من الرضاعة؛ لأنهن فى التحريم المؤبد كالأمّ.

وكذلك إذا قال: رأسك على كظهر أمّى، أو فرجك، أو وجهكِ، أو رقبتكِ، أو نصفكِ، أو ثلثك؛ لأنه يُعَبَّرُ بها[٥] عن جميع البدن[٦]، ويثبت الحكم فى الشائع[٧]، ثم يتعدى[٨] كما بيناه فى الطلاق.

ولو قال: أنتِ على مثل أمّى، أو كأمّى يرجع إلى نيته؛ لينكشف حكمه، فإن قال: أردت الكرامة، فهو كما قال؛ لأن التكريم بالتشبيه فاشٍ[٩] فى الكلام.

وإن قال: أردت الظهار، فهو ظهار؛ لأنه تشبيه بجميعها[١٠]، وفيه تشبيه بالعضو، لكنه ليس بصريح، فيفتقر إلى النية. وإن قال: أردت الطلاق فهو طلاق بائن؛ لأنه تشبيه بالأم فى الحرمة، فكأنه قال: أنتِ علىّ حرام، ونوى الطلاق، وإن لم يكن له نيّة، فليس بشىء عند أبى حنيفة

(١) قوله: "المحللة بالمحرمة" اللام فى المحللة والمحرمة للعهد، أى المحللة نكاحًا، لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدًا، لا توقيتًا. (عناية)

(٢) أى التشبيه.

(٣) قوله: "يتحقق فى عضو" كالأعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر؛ لأنه يحل النظر والمس، فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها. (عناية)

(٤) أى هو مظاهر.

(٥) أى بالرأس، والوجه، والرقبة، والفرج.

(٦) فكأنه شبه بجميع البدن.

(٧) أى فى الجزء الشائع كالنصف والثلث.

(٨) أى جميع البدن.

(٩) من الفشو، وهو الانتشار.

(١٠) أى بجميع أمه. (عينى)

وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة[١]. وقال محمد: يكون ظهاراً؛ لأن التشبيه بعضو منها[٢] لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها[٣] أولى، وإن عنى به التحريم لا غير، فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين[٤]، وعند محمد ظهار؛ لأن كاف التشبيه تختص به.

ولو قال: أنتِ عليّ حرام كأمي، ونوى ظهاراً، أو طلاقًا، فهو على ما نوى؛ لأنه يحتمل الوجهين[٥] الظهارَ لمكان التشبيه، والطلاقَ لمكان التحريم، والتشبيه تأكيدٌ له، وإن لم تكن له نية، فعلى قول أبي يوسف إيلاء وعلى قول محمد ظهار، والوجهان بيناهما[٦]. وإن قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ونوى به طلاقًا، أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً[٧] عند أبي حنيفة. وقالا: هو على ما نوى[٨]؛ لأن التحريم يحتمل كلّ ذلك[٩] على ما بينا[١٠] غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً[١١]، وعند

---

(١) قوله: "لاحتمال الحمل على الكرامة" أي يحتمل التشبيه من حيث الكرامة، فيحمل عليه إلا أن يبين خلافه بالنية، والفرض عدمها. (عناية)

(٢) الأم.

(٣) الأم.

(٤) قوله: "أدنى الحرمتين" فإن الحرمة الثابتة بالإيلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار؛ إذ حرمة الإيلاء لغيرها -وهو هتك حرمة اسم الله تعالى- وحرمة الظهار بعينها -وهو أنه منكر من القول وزور- أو لأن الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع إلا بالكفارة، والثابتة بالإيلاء ترتفع بدونها، وهو الحنث. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه يحتمل الوجهين" فحسب؛ لأنه لما صرح بالحرمة لم يبقَ كلامه محتملا للكرامة، كما في المسألة الأولى. (عناية)

(٦) قوله: "بيناهما" يعني قوله: ليكون الثابت أدنى الحرمتين، وقوله: لأن كاف التشبيه تختص به. (ع)

(٧) وكذا إذا لم ينو شيئًا. (عناية)

(٨) قوله: "وهو على ما نوى" إن نوى ظهاراً فظهار، وإن نوى طلاقًا فطلاق، وإن نوى إيلاءً فإيلاء. (ع)

(٩) ونية المحتمل صحيحة. (عناية)

(١٠) قوله: "على ما بينا" أشار به إلى قوله: لأنه يحتمل الوجهين إلى قوله: تأكيد له. (عيني)

(١١) بل طلاقًا.

أبي يوسف يكونان جميعًا[١]، وقد عرف في موضعه[٢]. ولأبي حنيفة أنه[٣] صريح في الظهار، فلا يحتمل غيره، ثم هو محكم، فيردّ التحريم إليه. قال[٤]: ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً؛ لقوله تعالى[٥]: ﴿من نسائهم﴾، ولأن الحلّ في الأمة[٦] تابع[٧]، فلا تلحق بالمنكوحة، ولأن الظهار منقول عن الطلاق، ولا طلاق في المملوكة. فإن تزوج امرأة[٨] بغير أمرها، ثم ظاهر منها، ثم أجازت النكاح، فالظهار باطل؛ لأنه صادق[٩] في التشبيه وقت التصرف[١٠]، فلم يكن منكرا من القول، والظهارُ ليس بحقٍ من حقوقه[١١] حتى يتوقف،

(١) قوله: "يكونان جميعًا" يعني يقع الطلاق بنيته، ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار، ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره، وضعفه شمس الأئمة السرخسي، بان الطلاق إن وقع بقوله: أنت عليّ حرام كان متكلمًا بلفظ الظهار بعد ما بانت، والظهار بعد البينونة لا يصح. (عناية)

(٢) يعني مبسوط شمس الأئمة. (عناية)

(٣) قوله: "أنه" أي أن قوله: أنت علي حرام كظهر أمي صريح في الظهار، ولذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى النية، فلا يحتمل غيره من الطلاق والإيلاء، ثم هو محكم لعدم احتمال الغير.
وقوله: أنت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره، كما مر، فيرد التحريم إليه أي إلى الظهار، كما هو الأصل في رد المتحمل إلى المحكم. (عناية)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ إلخ.

(٦) المملوكة.

(٧) قوله: "تابع" بدليل أنه لو اشترى أمة، فوجدها محرمة عليه برضاع، أو مصاهرة، لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة، فلا تكون الأمة في معنى المنكوحة. (عناية)

(٨) قوله: "فإن تزوج إلخ" يعني لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف، لا يصح ظهاره؛ لأنها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته، فلم يصح ظهارها. (عيني)

(٩) قوله: "لأنه صادق" لكونها محرمة قبل إجازتها، فلم يوجد ركن الظهار، وهو تشبيه المحللة بالمحرمة.(ع)

(١٠) أي وقت الظهار.

(١١) قوله: "والظهار إلخ" جواب سؤال، تقريره: أن الظهار مبني على الملك، والملك موقوف، فينبغي أن يكون الظهار موقوفًا على الإجازة، توقف إعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب. وتقرير الجواب: أن الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه، فلا يلزم من توقف النكاح على الإجازة توقف الظهار عليها، والدليل على أنه ليس من حقوقه، أن النكاح أمر مشروع، والظهار ليس بمشروع؛ لأنه منكر

بخلاف إعتاق المشترى من الغاصب؛ لأنه من حقوق الملك[١].

ومن قال لنسائه: أنتن عليّ كظهر أمي كان مظاهرًا منهن جميعًا؛ لأنه أضاف الظهار إليهن، فصار كما إذا أضاف الطلاق[٢]، وعليه لكل واحدة كفارة؛ لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة، والكفارةُ لإنهاءِ الحرمة، فيتعدد بتعددها[٣]، بخلاف الإيلاء منهُن[٤]؛ لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم[٥]، ولم يتعدد ذكر الاسم.

فصل في الكفارة[٦]

قال[٧]: وكفارة الظهار عتقُ رقبةٍ[٨]، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا؛ للنص الوارد فيه فإنه[٩] يفيد الكفارة على هذا الترتيب. قال[١٠]: وكل ذلك قبل المسيس، وهذا[١١] في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص[١٢] عليه، وكذا في الإطعام[١٣]؛ لأن

من القول، وما لا يكون مشروعًا، لا يكون من حقوق المشروع. (عناية)

(١) لكونه منهيا للملك، ومتمماً له. (عيني)

(٢) "بهن، وقال: أنتن طوالق. (عناية)

(٣) الحرمة.

(٤) قوله: "بخلاف الإيلاء منهن" يعني بأن يقول لهن: والله لا أقربكن، فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر، طلقن جميعا، وإن قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة. (عناية)

(٥) أي اسم الله تعالى.

(٦) قوله: "فصل في الكفارة" لما ذكر حكم الظهار، وهو حرمة الوطئ ودواعيه إلى نهاية، ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة، وهو الكفارة. (عيني)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "عتق رقبة" المراد به إعتاق رقبة، فإن العتق قد لا ينوب عن الكفارة، ألا يرى أنه لو ورث أباه، ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها. (عناية)

(٩) النص.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) أي كونه قبل المسيس.

(١٢) في النص.

الكفارة فيه(١) مُنهية للحرمة، فلا بد من تقديمها على الوطء؛ ليكون الوطء حلالا. قال(٢): وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة، والذكر والأنثى، والصغير والكبير؛ لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء؛ إذ هي عبارة عن الذات المرقوق(٣) المملوك من كل وجه(٤). والشافعي يخالفنا في الكافرة(٥)، ويقول: الكفارة حقُّ الله تعالى، فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة(٦)، ونحن نقول: المنصوص عليه إعتاق الرقبة(٧)، وقد تحقق، وقصدُه من الإعتاق التمكن من الطاعة(٨)، ثم مقارنتُه المعصية يحال به إلى سوء اختياره. ولا تجزئ العمياءُ ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين؛ لأن الفائت جنسُ المنفعة، وهي البصر أو البطش أو المشي، وهو المانع(٩).

أمّا إذا اختلت المنفعة، فهو غير مانع حتى يجوز العوراء(١٠)،

---

(١٣) أي لا بد له من أن يكون قبل الوطء.

(١) أي في الظهار.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "المرقوق" واعترض بأن تذكير الذات لا يجوز، فالصواب ذات مرقوقة مملوكة. وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء، فتذكير الذات باعتبار المعنى الثاني. (عناية)

(٤) قوله: "من كل وجه" متعلق بالمرقوق دون المملوك؛ لأن الكمال في الرق شرط دون الملك، ولهذا لو أعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة، ولو أعتق المدبر عنها لم يصح. (عناية)

(٥) أي لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة. (عناية)

(٦) قوله: "كالزكاة [لا يجوز صرفها إلى الكافر]" والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضًا؛ لأن فيه مواساة عباد الله تعالى لكن قوله صلى عليه عليه وعلى آله وسلم: «خذها من أغنياءهم وردها في فقراءهم» أخرجهم من المصرف. (عناية)

(٧) مطلقًا.

(٨) قوله: "وقصده إلخ" جواب عن قوله: الكفارة حق الله تعالى، وتقريره: أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى، ثم مقارنة المعصية أي بقاءه على ما كان عليه من الكفر يحال به إلى سوء اعتقاده واختياره. (عناية)

(٩) أي فوت جنس المنفعة.

(١٠) كور چشم.

ومقطوعة إحدى اليدين، وإحدى الرجلين من خلافٍ؛ لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين[(١)] من جانبٍ واحدٍ حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي؛ إذ هو عليه متعذر.

ويجوز الأصمّ، والقياس أن لا يجوز، وهو رواية "النوادر"؛ لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز؛ لأن أصل المنفعة باقٍ، فإنه إذا صِيح عليه؛ ليَسمع حتى لو كان بحالٍ لا يسمع أصلا بأن ولد أصمّ، وهو الأخرس[(٢)] لا يجزئه. ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين؛ لأن قوة البطش بهما[(٣)]، فبفواتهما يفوت جنسُ المنفعة، ولا يجوز المجنون الذي لا يَعقل؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل، فكان فائت المنافع، والذي يجنّ ويفيق يجزئه[(٤)]؛ لأن الاختلال غير مانع، ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد[(٥)]؛ لاستحقاقهما الحريةَ بجهةٍ[(٦)]، فكان الرق فيهما ناقصًا[(٧)]، وكذا[(٨)] المكاتب الذي أدى بعض المال؛ لأن إعتاقَه يكون ببدل[(٩)]. وعن أبي حنيفة يجزئه لقيام الرق من كل وجه[(١٠)]، ولهذا[(١١)] تقبل

(١) أي إحدى اليدين، وإحدى الرجلين.

(٢) قوله: "وهو الأخرس" [لأنه لا يسمع أصلا، ولا يتكلم. ف] إنما ذكر هذه اللفظة؛ لأن الأصم المولود لا يعرف إلا أن يكون أخرس.

(٣) قوله: "لأن قوة البطش بهما" يفيد أن ما تزول به تلك القوة كان مانعا، فقطع أكثر أصابع كل يد كقطع جميعها. (عناية)

(٤) يعني إذا أعتقه في حال إفاقته. (عناية)

(٥) قوله: "ولا يجزئ إلخ" لأن المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة، والمطلق ينصرف إلى الكامل، ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما إلخ. (عناية)

(٦) أي التدبير والاستيلاد.

(٧) قوله: "فكان الرق فيهما ناقصا" فإنه إذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية، زال في مقابلته شيء من الضعف الحكمي. (عناية)

(٨) أي لا يجزى.

(٩) قوله: "يكون ببدل" أي بعوض، والعوض يبطل معنى القربة. (عيني)

الكتابة الانفساخ(١)، بخلاف أمومية الولد والتدبير؛ لأنهما لا يحتملان الانفساخ(٢). فإن أعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي، له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة، فأشبه المدبر(٣).

ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا(٤)، ولقوله عليه السلام(٥): «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»*، والكتابة لا ينافيه(٦)، فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة إلا أنه بعوض، فيلزم من جانبه، ولو كان مانعا ينفسخ(٧) بمقتضى الإعتاق؛ إذ هو يحتمله إلا أنه(٨) يسلم له

---

(١٠) قوله: "من كل وجه" لأن رقه لا ينتقض بما أدى من البدل. (عيني)

(١١) قوله: "ولهذا" أي لأجل قيام الرق من كل وجه تقبل الكتابة الانفساخ، سواء كان بعد استيفاء بعض، أو قبله. (عيني)

(١) من العبد.

(٢) فالرق هناك ناقص.

(٣) قوله: "فأشبه المدبر [وبيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة جائز عنده]" هذا إلزام من الشافعي علينا، يعني أن المدبر لا يجوز إعتاقه عن الكفارة عندكم أيها الحنفية! لأنكم قلتم: إنه مستحق العتق بجهة، فينبغي أن لا يجوز إعتاق المكاتب أيضا؛ لأنه مستحق العتق بجهة، وهو باطل؛ لأنه ينفسخ، وذاك لا. (عيني)

(٤) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى قوله: ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ. (عناية)

(٥) أخرجه أبو داود من حيث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه ﷺ. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٧، وانظر الدراية ج٢ ص٧٦. (نعيم)

(٦) قوله: "والكتابة لا ينافيه" دليل آخر تقريره: أن المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة، ولم تزل رقبته بها؛ لأن الشيء لا يزول إلا بما ينافيه، والكتابة لا تنافي الرق، فإنه أي عقد الكتابة فك الحجر؛ إذ لم يملك به المكاتب إلا المنافع والأكساب كالإجارة والإعارة، وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالإذن في التجارة.
فإن قيل: لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة، لاستبد المولى بالفسخ، كما في عزل المأذون.
أجاب بقوله: إلا أنه عقد الكتابة فك الحجر بعوض، فكان لازما من جانبه أي جانب المولى. (عناية)

(٧) قوله: "ولو كان مانعا إلخ" جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا أن عقد الكتابة مانع عن إعتاق كفارته، لكنه إذا أعتقه عن الكفارة ينفسخ قبل الإعتاق بمقتضى الإعتاق؛ إذ هو أي عقد الكتابة يحتمل الفسخ. (ع)

(٨) قوله: "إلا أنه إلخ" أي فإن قيل: لو صح إعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة بمقتضى الإعتاق لسلم الأولاد والأكساب للمولى، كما إذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله إكساب، أجاب عنه بقوله: إلا أنه يصلح له أي للمكاتب الأكساب والأولاد؛ لأن العتق في حق المحل، يعني المكاتب بجهة الكتابة.
وإذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والأولاد عن ملكه، كما لو عتق بأداء بدل الكتابة، وهذا؛ لأن الفسخ

الأكساب والأولاد؛ لأن العتق فى المحل بجهة الكتابة، أو لأن الفسخ ضروري[1] لا يظهر فى حق الولد والكسب.

وإن اشترى أباه، أو ابنه ينوى بالشراء الكفارةَ جاز عنها، وقال الشافعي: لا يجوز[2]، وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين، والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان، إن شاء الله. فإن أعتق نصف عبد مشترك، وهو[3] موسر[4]، وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما؛ لأنه[5] يملك نصيب صاحبه بالضمان، فصار معتقًا كلّ العبد[6] عن الكفارة، وهو ملكه، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً[7]؛ لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقًا بعوض، ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه[8]، ثم يتحول إليه[9] بالضمان، ومثله يمنع الكفارة[10]. وإن أعتق نصف عبده عن كفارته، ثم أعتق باقيه عنها

لا يصح إلا برضا المكاتب، ولم يوجد منه صريحا، فيقدر دلالة، والدلالة إنما تتحقق إذا سلمت له الأكساب والأولاد، فجعل العتق بمنزلة الكتابة؛ لأنه لا يختلف لا فى ذاته ولا باختلاف الجهات، وجعل الإعتاق للتكفير؛ لأن المولى قصده، وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين.(عناية)

(١) أى يثبت ضرورة صحة الإعتاق. (عناية)

(٢) عن الكفارة.

(٣) الواو حالية.

(٤) أى المعتق.

(٥) أى لأن معتق النصف.

(٦) فإن إعتاق النصف إعتاق الكل عندهما.

(٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً" يعنى أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق، فإن قيل: يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسراً؛ لأنه يصير حراً مديوناً؛ بناء على أن الإعتاق عندهما لا يتجزأ. أجيب بأنه لم يجز؛ لأن وجوب هذا الدين بسبب الإعتاق، فلايكون هذا العتق مجاناً، فلا يقع عن الكفارة.(ع)

(٨) لتعذر استدامة الملك فيه.

(٩) قوله: "ثم يتحول إليه" أى إلى المعتق بالضمان ما بقى منه، فكان فى المعنى إعتاق عبد إلا شيئا، ومثله يمنع الكفارة. (عناية)

(١٠) قوله: "يمنع الكفارة" والملك في المضمون، وإن كان يثبت بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب،

جاز؛ لأنه أعتقه بكلامين[١]، والنقصان متمكن[٢] على ملكه بسبب الإعتاق[٣] بجهة الكفارة[٤]، ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للأضحية[٥]، فأصاب السكين عينها، بخلاف ما تقدم؛ لأن النقصان تمكّن[٦] على ملك الشريك، وهذا[٧] على أصل[٨] أبى حنيفة، وأما عندهما الإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق الكل، فلا يكون إعتاقًا بكلامين. وإن أعتق نصف عبده عن كفارته، ثم جامع التى ظاهر منها، ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبى حنيفة؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده[٩]، وشرطُ الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص، وإعتاق النصف حصل بعده، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل، فحصل الكل قبل المسيس[١٠]

وإذا لم يجد المظاهر ما يُعتق[١١]، فكفارته صوم شهرين متتابعين[١٢]

فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق، لكنه فى حق الضامن والمضمون له، لا فى حق غيرهما على ما عرف فى كتاب الغصب من "الزيادات"، والكفارة غيرهما، فلا يثبت الملك فى حقها مستندًا. (عناية)

(١) ولا محذور فيه.

(٢) قوله: "والنقصان متمكن" أى فإن قيل: قد تمكن فيه النقصان لما مر، والنقصان مانع. أجاب بقوله: والنقصان إلخ. (عناية)

(٣) فإنه أعتق النصف، ثم أعتق ما بقى. (عناية)

(٤) لا بجهة أخرى.

(٥) قوله: "كمن أضجع شاة إلخ" فإن النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع، فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة. (عناية)

(٦) قوله: "لأن النقصان تمكن إلخ" حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل فى النصف الباقى مصروفا إلى الكفارة لانعدام الملك له فى ذلك النصف، فيبطل قدر النقصان، ولم يقع عن الكفارة، فإذا ضمن قيمة النصف الباقى وأعتقه، فقد صرفه إلى الكفارة، وهو ناقص، فصار فى الحاصل كأنه أعتق عبدا إلا قدر النقصان. (ع)

(٧) أى جعله إعتاقًا بكلامين. (عناية)

(٨) فى تجزئ الإعتاق. (عناية)

(٩) فإعتاق النصف ليس كإعتاق الكل.

(١٠) أى فحصل إعتاق الكل قبل المسيس فيجوز.

(١١) أى رقبة ولا ثمنها. (عناية)

ليس فيهما شهر رمضان، ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق.

أما التتابع فلأنه منصوص عليه، وشهرُ رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه[١] من إبطال ما أوجبه الله، والصوم فى هذه الأيام[٢] منهى عنه، فلا ينوب عن الواجب الكامل[٣]. فإن جامع التى ظاهر منها[٤] فى خلال الشهرين ليلا عامداً، أو نهاراً ناسيًا، استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يستأنف؛ لأنه[٥] لا يَمنع التتابع؛ إذ لا يفسد به الصوم[٦]، وهو الشرط[٧]، وإن كان تقديمُه على المسيس شرطًا، ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض[٨]، وفيما قلتم[٩] تأخير الكل[١٠] عنه. ولهما أن الشرطَ فى الصوم أن يكون قبل المسيس، وأن يكون خاليًا عنه ضرورة بالنص[١١]، وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف.

(١٢) قوله: "صوم شهرين متتابعين" فإن صام بالأهلة جاز، وإن كان كل شهر تسعة وعشرين، فإن صام بغير الأهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يومًا، فعليه أن يستقبل، وكذا إذا دخل فى صيامه شهر رمضان، أو يوم الفطر، أو يوم النحر، أو أيام التشريق لما ذكره فى الكتاب. (عناية)

(١) أى فى وقوعه عن الظهار.

(٢) أى النحر وأيام التشريق.

(٣) أى الصوم فى هذه الأيام.

(٤) قوله: "التى ظاهر منها إلخ" إنما قيد بالتى ظاهر منها؛ لأنه إذا جامع غيرها، فإن كان وطئًا يفسد الصوم، كالجماع بالنهار عامداً قطع التتابع، فيلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإن لم يفسده بأن وطئها بالنهار ناسيًا، أو بالليل كيف ما كان لم يقطع التتابع، فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإنما قيد فى جماع التى ظاهر منها بالنهار ناسيًا؛ لأنه إذا جامعها فيه عامداً، يستأنف بالاتفاق. وأما ذكر العمد فيه بالليل قد وقع اتفاقا؛ لأن العمد والنسيان فى الوطئ بالليل سواء، فعرف أن الاختلاف فى وطئ لا يفسد الصوم. (عناية)

(٥) أى لأن هذا الجماع.

(٦) قوله: "إذ لا يفسد به [أى بهذ الجماع] الصوم" والجواب أن عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس، فلا يتعدى إلى عدم قطع التتابع، وفى العمد لعدم القائل بالفصل. (عناية)

(٧) فى كون الصوم كفارة، فقد وجد.

(٨) على المسيس.

(٩) يعنى الاستئناف.

(١٠) أى كل الصوم، تأخير البعض أهون من تأخير الكل.

(١١) قوله: "ضرورة بالنص" معناه أن النص يقتضى شرطين: كون الصوم قبل المسيس، وكون الصوم خاليًا

وإن أفطر منها يومًا بعذر[١]، أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع، وهو[٢] قادر عليه عادة[٣]، وإن ظاهر العبدُ لم يجز في الكفارة إلا الصوم[٤]؛ لأنه لا ملكَ له، فلم يكن من أهل التكفير بالمال.

وإن أعتق المولى، أو أطعم عنه لم يجزه؛ لأنه ليس من أهل الملك، فلا يصير مالكًا بتمليكه[٥]، وإذا لم يستطع المظاهر الصيامَ، أطعم ستين مسكينًا؛ لقوله تعالى: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا﴾.

ويُطعم كل مسكين نصف صاع من برّ، أو صاعًا من تمر، أو شعير، أو قيمةَ ذلك؛ لقوله عليه السلام[٦] في حديث أوس بن الصامت[٧] وسهل ابن صخرٍ[٨]: «لكل مسكين نصف صاع من بر»*، ولأن المعتبر دفع

عن المسيس. والشرط الثاني من ضرورة الأول؛ لأن تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه، وهذا الشرط أى الشرط الثاني، وهو الخلو عنه ينعدم به أى بالمسيس، فينعدم المشروط، ويجب الاستئناف؛ لأنه إن عجز عن الإتيان به قبل المسيس، فهو قادر على الإتيان به خاليا عن المسيس. (عناية)

(١) كمرض أو سفر. (عناية)

(٢) الواو للحال.

(٣) قوله: "وهو قادر عليه عادة" وهذا احتراز عما إذا أفطرت المرأة في كفارة القتل، والإفطار بعذر الحيض، فإنها لا تستأنف؛ لأنها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما. (عناية)

(٤) دون الإعتاق والإطعام.

(٥) المولى.

(٦) قوله: "لقوله عليه السلام" تعليل لقوله: «أو يطعم كل مسكين نصف صاع» إلى قوله: «أو شعير»، وليس بتعليل لقوله: أو قيمة ذلك. (عيني)

(٧) قوله: "في حديث أوس بن الصامت إلخ" الحديث لخولة بنت ثعلبة زوج أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت، رواه أبو داود. (عيني)

(٨) قوله: "وسهل بن صخر إلخ" هذا من زلة قلم صاحب "الهداية"، فإن سهل بن الصخر الليثي من الصحابة، كذا ذكره الإمام المستغفري في "معرفة الصحابة"، ولم يرد شيء أصلا عن سهل بن صخر مما يتعلق بالظهار. وذكر في "المبسوط" سلمة بن صخر: وهو سلمة بن صخر بن سليمان بن حارثة الأنصاري، ثم البياضي المدني، وهو الذي ظاهر من امرأته، ثم وقع عليها، فأمره رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يكفر. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٣ ص٧٦. (نعيم)

حاجة اليوم لكل مسكين، فيعتبر بصدقة الفطر[١]، وقوله[٢]: أو قيمة ذلك مذهبنا، وقد ذكرناه في الزكاة[٣]. فإن أعطى منّاً[٤] من برّ ومنوين من تمرٍ، أو شعيرٍ جاز؛ لحصول المقصود؛ إذ الجنس متحد[٥]، وإن أمر غيره أن يُطعم عنه من ظهاره، ففعل أجزأه؛ لأنه استقراض[٦] معنًى، والفقير قابضٌ له[٧] أولا، ثم لنفسه، فتحقق تملكه[٨]، ثم تمليكه[٩]، فإن غدّاهم وعشاهم[١٠] جاز[١١]، قليلا كان ما أكلوا أو كثيراً.

وقال الشافعي: لا يجزئه[١٢] إلا التمليك[١٣] اعتباراً بالزكاة وصدقةِ

(١) قوله: "فيعتبر بصدقة الفطر" يعني في المقدار، ولكن بينهما فرق من وجه آخر، وهو أن التفريق ههنا بأن يعطى فقيراً منا من حنطة، و منا آخر فقيراً آخر لا يجوز؛ لأن الواجب إطعام ستين مسكيناً، فكان العدد معتبراً كالمقدار، ومتى فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين.

وأما في صدقة الفطر: فالمعتبر فيها القدر دون العدد؛ لكونه مسكوتًا عنه، فيكون التفريق جائزًا. (عناية)

(٢) قوله: "وقوله" أي قول القدوري؛ لأن المسألة مذكورة في القدوري هكذا. (عيني)

(٣) أي في كتاب الزكاة. (عيني)

(٤) ربع صاع.

(٥) قوله: "إذ الجنس متحد" يعني من حيث الإطعام، وسد الجوعة؛ لأن المقصود من البر والتمر والشعير الإطعام، فيجوز تكميل أحدهما بالآخر. وأما إذا اختلف الجنس كما إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة، وكسى خمسة، والكسوة أرخص من الطعام، فلم تجز؛ لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام، ألا يرى أن الإباحة في كفارة اليمين بطريق الإباحة في أحدهما يجوز دون الآخر.

واستشكل بما إذا أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان، فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة، لا يجوز عنها، وإن اتحد الجنس من حيث الإعتاق.

وأجيب بأنه إنما لا يجوز؛ لأن نصف الرقبتين ليس برقبة، والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها. (عناية)

(٦) من المأمور.

(٧) أي للآمر.

(٨) الآمر.

(٩) الفقير.

(١٠) قوله: "فإن غداهم وعشاهم" الرواية بالواو، لا بأو، فإن التغدية الواحدة دون التعشية من غير التغدية لايجوز ذكره في "المبسوط"، وعن أبي حنيفة لو غدى ستين مسكينًا، وعشى آخرين لايجوز. (ب)

(١١) يعني أن المعتبر الشبع، لا المقدار. (عناية)

(١٢) أي التغدية والتعشية.

الفطر، وهذا[١] لأن التمليك أدفع للحاجة، فلا ينوب منابَه الإباحةُ.

ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام، وهو حقيقةٌ[٢] في التمكين من الطعم وفي الإباحة ذلك[٣]، كما في التمليك، أما الواجب في الزكاة الإيتاءُ[٤]، وفي صدقة الفطر الأداء[٥]، وهما للتمليك حقيقةً.

ولو كان فيمن عشّاهم صبي فطيم[٦] لا يجزئه؛ لأنه لا يستوفي[٧] كاملا، ولا بد من الإدام في خبز الشعير؛ ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع، وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام.

وإن أعطى مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه؛ لأن المقصود سدُّ خَلَّة المحتاج[٨]، والحاجة تتجدّد في كل يوم، فالدفع إليه[٩] في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره، وهذا[١٠] في

(١٣) لا الإباحة.

(١) أي عدم جواز الإباحة.

(٢) لأنه جعل الغير طاعمًا. (عناية)

(٣) قوله: "وفي الإباحة ذلك" أي التمكين، كما في التمليك، فيتأدى الواجب بكل واحد منهما، أما بالتمكين فالمراعاة عين النص، وأما بالتمليك: فلاشتماله على المنصوص عليه؛ لأنه إذا ملكه منه، فإما أن يطعمه أو يصرفه إلى حاجة أخرى، فذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه. (عناية)

(٤) لقوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾ (عناية)

(٥) لقوله عليه السلام: «أدوا عمن تمونون». (عناية)

(٦) عن اللبن. (عيني)

(٧) أي لأن الصبي الفطيم.

(٨) أي حاجة المحتاج.

(٩) أي إلى مسكين واحد.

(١٠) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: لم يجزه إلا عن يومه يعني إذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة، فلا خلاف لأحد في عدم جوازه، وأما إذا كان بطريق التمليك، فقد اختلف المشايخ. فقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المقصود سد الخلة، ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغني، وبعد ما استوفى وظيفة

الإباحة من غير خلافٍ.

وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات، فقد قيل: لا يجزئه، وقد قيل: يجزئه؛ لأن الحاجة إلى التمليك تتجدّد في يوم واحد[١]، بخلاف ما إذا دفع[٢] بدفعة واحدة؛ لأن التفريق واجب بالنص[٣]. وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف؛ لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس، إلا أنه[٤] يُمنع من المسيس قبله؛ لأنه ربما يقدر على الإعتاقِ أوالصوم، فيقعان بعد المسيس، والمنعُ لمعنًى في غيره[٥] لا يَعدم المشروعية في نفسه[٦].

وإذا أطعم[٧] عن ظهارين ستين مسكينًا، لكل مسكين صاعًا من بر لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجزئه عنهما، وإن أطعم[٨] ذلك عن إفطار[٩] وظهارٍ أجزأه عنهما[١٠].

اليوم، لا حاجة إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى، بخلاف كفارة أخرى؛ لأن المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة. (عناية)

(١) قوله: "تتجدد إلخ" فإذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز، كما في الأيام، بخلاف حاجة الإباحة بالإطعام، فإنه إذا استوفى حاجته منها في يوم ينتهي حاجته إلى الطعام، ولا يتجدد إلا بتجدد الأيام. (عناية)

(٢) إلى مسكين واحد.

(٣) قوله: "واجب بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكينًا﴾، ولم يوجد لا حقيقة، ولا تقديرًا، فلا يجوز، كالحاج إذا رمى الحصيات بسبع دفعة واحدة. (عناية)

(٤) أي أن المظاهر.

(٥) يعني توهم القدرة على الإعتاق. (عناية)

(٦) قوله: "لا يعدم المشروعية في نفسه" كالبيع وقت النداء، والصلاة في الأوقات المكروهة. (عناية)

(٧) المظاهر.

(٨) المظاهر.

(٩) لصوم رمضان عمدًا.

له[١] أن بالمؤدّى وفاءً بهما[٢]، والمصروف إليه محل لهما[٣]، فيقع عنهما كما لو اختلف السبب[٤]، أو فرّق في الدفع[٥].

ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو[٦]، وفي الجنسين معتبرة[٧]، وإذا لغت النية والمؤدّى، يصلح كفارةً واحدة؛ لأن نصف الصاع أدنى المقادير، فيمنع النقصان دون الزيادة، فيقع[٨] عنها[٩] كما[١٠] إذا نوى أصل الكفارة، بخلاف ما إذا فرّق في الدفع؛ لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر. ومن وجبت عليه كفارتا ظهار، فأعتق[١١] رقبتين لا يَنْوِي عن أحدهما بعينها،[١٢] جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر، أوأطعم مائة وعشرين مسكينًا جاز؛ لأن الجنس متحد، فلا حاجة إلى نية معيَّنة.

(١٠) بالاتفاق.

(١) محمد.

(٢) قوله: "وفاء بهما [أي بالظهارين]" إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر، ففي الصاع وفاء بهما لا محالة. (عناية)

(٣) قوله: "محل لهما" لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفًا لبقاء الخلة، والنية متعينة. (عناية)

(٤) يعني إذا أطعم ذلك عن كفارة وظهار. (عناية)

(٥) قوله: "أو فرق في الدفع" بأن أعطى مسكينًا نصف الصاع عن إحدى الكفارتين، ثم أعطى النصف الآخر إياه عن الكفارة الأخرى جاز بالاتفاق. (عيني)

(٦) قوله: "لغو" لأن النية للتمييز بين الأجناس المختلفة، والفرض عدمها، فلغت النية. (عناية)

(٧) قوله: "معتبرة" ألا ترى أن من كان عليه قضاء أيام من رمضان، فنوى صوم القضاء جاز، ولا يجب فيه نية التعيين، وفي قضاء رمضان، وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النية لاختلاف جنسهما. (عيني)

(٨) المؤدى.

(٩) أي عن الواحدة.

(١٠) فإنه يقع عن أحدهما بالاتفاق. (عناية)

(١١) عنها.

(١٢) اے نيت يكے معين ازان دو ظهار نمايد.(ترجمه)

وإن أعتق عنهما رقبةً واحدةً، أو صام شهرين كان له أن يَجعل[1] ذلك عن أيهما شاء، وإن أعتق[2] عن ظهارٍ وقتلٍ لم يجز عن واحد منهما

وقال زفر: لا يجزئه عن أحدهما في الفصلين[3]. وقال الشافعي: له أن يجعل ذلك عن أحدهما[4] في الفصلين؛ لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود[5] جنس واحد[6]. وجه قول زفر: إنه أعتق عن كل ظهار[7] نصفَ العبد، وليس له أن يَجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده. ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو[8]، وفي الجنس المختلف مفيد، واختلاف الجنس في الحكم[9]، وهو الكفارة ههنا

(١) قوله: "كان له أن يجعل إلخ" جواب الاستحسان، والقياس أنْ لا يجوز، وهو قول زفر؛ لخروج الأمر من يده. (عناية)

(٢) رقبة واحدة.

(٣) يعني في متحد الجنس ومختلفه. (عناية)

(٤) أي عن أيهما شاء. (عناية)

(٥) وهو الستر.

(٦) قوله: "جنس واحد" والنية في الجنس الواحد غير مفيدة، فبقيت نية أصل الكفارة، ولو نوى أصل الكفارة، كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا. (عناية)

(٧) وكذا عن الظهار والقتل.

(٨) قوله: "فتلغو" قيل: معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد، فكانت لغوا، وإذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين، ولم ينوِ عنهما، وذلك جائز، وله أن يَصرفها إلى أيهما شاء، فكذلك ههنا بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين؛ لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف، فكانت معتبرة، فلا يكون عن واحد منهما. (عناية)

(٩) قوله: "واختلاف إلخ" أي فإن قيل: لا نسلم اختلاف الجنس، فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق في القتل والظهار واحد. أجاب عنه بقوله: "واختلاف الجنس في الحكم، وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب، فإن القتل يخالف الظهار لا محالة، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم؛ لأن الحكم ملزوم السبب، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، ولما اختلف الجنس صحت النية، فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين، فيكون لكل منهما نصف الرقبة، فلا يجوز. (عناية)

باختلاف السبب. نظير الأول(١): إذا صام يومًا في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد(٢). ونظير الثاني(٣): إذا كان عليه صوم القضاء والنذر، فإنه لا بد فيه من التمييز(٤)، والله أعلم.

باب اللِّعَان(٥)

قال(٦): إذا قذف الرجل امرأته بالزناء، وهما من أهل الشهادة(٧)، والمرأة ممن يُحدُّ قاذفها(٨)، أو نفى نسبَ ولدها(٩)، وطالبته(١٠) بموجب القذف، فعليه اللعان. والأصل أن اللعان(١١) عندنا(١٢) شهادات مؤكدات

(١) أي الجنس المتحد. (عناية)

(٢) قوله: "يجزئه إلخ" بناء على ما ذكرناه من إلغاء نية التوزيع، وبقاء أصل النية؛ إذ الجنس متحد. (عناية)

(٣) أي الجنس المختلف. (ف)

(٤) قوله: "لا بد فيه من التمييز" فإن نوى من الليل أن يصوم غدًا عنهما كانت النية معتبرة، فلا يصير صائمًا؛ إذا الجنس متحد، وتعيين النية لا بد منه، وإلا لا يقع عن واحد منهما. (عناية)

(٥) قوله: "باب اللعان" قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار، واللعان في اللغة: الطرد والإبعاد، وفي الشريعة: شهادات تجرى بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب، ثم لقب الباب باللعان دون الغضب، وإن كان فيه الغضب أيضًا؛ لأن اللعن من جانب الرجل، وهو مقدم. (عناية)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "من أهل الشهادة" أي من أهل أداءهما، ولهذا لا يجرى بين المملوكين. (عناية)

(٨) قوله: "والمرأة ممن يحد قاذفها [أي تكون محصنة]" حتى لو لم تكن من ذلك بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها، أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجرى بينهما. (عناية)

(٩) قوله: "أو نفى نسب ولدها" بأن قال: هذا الولد من الزنا، أو قال: ليس مني قبل الإقرار بالولد، وقبل مضي التهنئة التي هي قائمة مقام الإقرار. (عيني)

(١٠) الزوج.

(١١) قوله: "والأصل أن اللعان إلخ" اعلم أن موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء، كما في الأجنبية لعموم قوله: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية، ثم انتسخ ذلك باللعان، فنظرنا في آية اللعان، فوجدناها دالة على أن الأصل في اللعان أن تكون شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة إلخ. (عناية)

(١٢) قوله: "عندنا" إنما قيد بقوله: عندنا؛ لأن عند الشافعي اللعان إنما يكون أيمان مؤكدات بالشهادة، فمن

بالأيمان مقرونةٌ باللعن قائمةٌ مقامَ حد القذف في حقّه(١)، ومقام حد الزناء في حقِّها(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾، والاستثناءُ(٣) إنما يكون من الجنس، وقال الله تعالى: ﴿فشهادةُ أحدهم أربع شهاداتٍ بالله﴾ نصَّ على الشهادة واليمين، فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن في جانبه(٤) باللعن لو كان كاذبًا، وهو(٥) قائم مقام حد القذف، وفي جانبها بالغضب(٦)، وهو قائم مقام حد الزناء(٧). إذا ثبت هذا(٨) نقول: لا بد أن يكونا(٩) من أهل الشهادة؛ لأن الركن فيه(١٠) الشهادة. ولا بد أن تكون هي(١١) ممن يُحد قاذفها؛ لأنه(١٢)

كان أهل اليمين كان أهل اللعان. (عناية)

(١) الرجل.

(٢) المرأة.

(٣) قوله: "والاستثناء إلخ" يعني أن الله تعالى قال: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن شهداء إلا أنفسهم﴾، والله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء. والأصل في الاستثناء أن يكون من الجنس، ولا شهداء إلا بالشهادة، ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان، فدل أنها شهادات مؤكدات بالأيمان نفيًا للتهمة. (عناية)

(٤) الزوج.

(٥) في حقه.

(٦) قوله: "وفي جانبها بالغضب" لأنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرًا على ما ورد به الحديث: «أنكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير»، وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن، فعساهن يجترئن على الإقدام؛ لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن، وسقوط وقعته عن قلوبهن، فقرن الركن في جانبها بالغضب؛ روعًا لهن عن الإقدام، فإن قيل: ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين، وما المناسبة بين الحد والشهادة. أجيب بأن الحد زاجر، والشهادة بالله كذبا مقرونًا باللعن على نفسه سبب الهلاك، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سببه. (عناية)

(٧) في حقها.

(٨) قوله: "إذا ثبت هذا" أي أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان. (عناية)

(٩) الزوج والزوجة.

(١٠) اللعان.

(١١) الزوجة.

قائم في حقه[١] مقام حد القذف، فلا بد من إحصانها[٢]. ويجب[٣] بنفي الولد؛ لأنه لما نفى[٤] ولدَها صار قاذفًا لها ظاهرًا، ولا يُعتَبر احتمال أن يكون الولد من غيره[٥] بالوطئ من شبهة، كما إذا نفي أجنبيٌّ نسبه[٦] عن أبيه المعروف، وهذا[٧] لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح، والفاسدُ ملحقٌ به، فنفيه[٨] عن الفراش الصحيح قذفٌ، حتى يَظهر الملحق به[٩]. ويُشترط طلبها[١٠]؛ لأنه[١١] حقّها، فلا بد من طلبها، كسائر الحقوق، فإن امتنع[١٢] منه حبسه الحاكم حتى يلاعِنَ، أو يكذب نفسه[١٣]؛ لأنه حقٌّ مُستحقٌ عليه[١٤]، وهو قادرٌ على إيفاءه[١٥]، فيحبس به حتى

(١٢) اللعان.

(١) الزوج.

(٢) الزوجة.

(٣) اللعان.

(٤) الزوج.

(٥) الزوج.

(٦) قوله: "كما إذا نفى أجنبي إلخ" أي كما إذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف، فإنه يكون قذفا للمرأة، فكذلك هذا. (عناية)

(٧) أي قوله: لا يعتبر إلخ.

(٨) النسب.

(٩) أي الفاسد.

(١٠) قوله: "ويشترط طلبها [الزوجة] "بموجب القذف؛ لأنه حقها؛ لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها. (عناية)

(١١) اللعان.

(١٢) الزوج.

(١٣) فيجب عليه الحد.

(١٤) الزوج.

يَأتي[١] بما هو عليه، أو يكذِّب نفسَه؛ ليرتفعْ السبب[٢].

ولولاعن وجب عليها اللعان؛ لما تلونا من النص[٣] إلا أنه يبتدئ بالزوج؛ لأنه هو المدعى[٤]، فإن امتنعت حبسها الحاكم، حتى تلاعِن، أو تصدِّقه[٥]؛ لأنه[٦] حقٌ مستَحَقّ عليها، وهى[٧] قادرة على إيفاءه، فتحبس فيه. وإذا كان الزوج عبدًا، أو كافرًا[٨]، أو محدودًا فى قذف، فقذف امرأته، فعليه الحد؛ لأنه تعذر اللعان لمعنًى[٩] من جهته، فيُصار إلى الموجَبِ الأصلى[١٠]، وهو الثابت بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية، واللعان خلف عنه.

وإن كان[١١] من أهل الشهادة، وهى[١٢] أمةٌ، أو كافرةٌ، أو محدودةٌ فى

(١٥) قوله: "و [الواو للحال] هو [الزوج] قادر على إيفاءه" احتراز عن المديون المفلس، فإن الدين حق مستحق عليه، لكنه غير قادر على إيفاءه فلا يحبس. (عناية)

(١) الزوج.

(٢) قوله: "ليرتفع السبب" أى سبب اللعان أى علته، وهو التكاذب؛ لأن اللعان إنما يجب إذا كذب كل واحدٍ منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا، وأما إذا كذب نفسه، فلم يبقَ التكاذب، بل وافق المرأة فى أنها لم تزن، ولا يجرى اللعان بعد ذلك. (عناية)

(٣) قوله: "لما تلونا من النص" وهو قوله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾. (عناية)

(٤) قوله: "لأنه هو المدعى" بناء على أن اللعان شهادات، والمطالب بها هو المدعى. (عناية)

(٥) الزوج.

(٦) أى لأن اللعان.

(٧) والواو حالية، و "هى" الزوجة.

(٨) قوله: "أو كافرًا" بأن كانا كافرين، فأسلمت المرأة، وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الإسلام. (عناية)

(٩) لأنه ليس من أهل الشهادة.

(١٠) قوله: "إلى الموجب الأصلى [وهو حد القذف. عناية]" فإنه كان هو المشروع أولا، ثم صار اللعان خلفًا عنه فى قذف الزوج عند وجود الشرط، فإذا عدمت صير إلى الأصل. (عناية)

(١١) الزوج.

قذف، أو كانت ممن لا يحد قاذفها، بأن كانت صبيّة، أو مجنونة، أو زانية، فلا حدَّ عليه، ولا لعان؛ لانعدام أهلية الشهادة، وعدمِ الإحصان في جانبها، وامتناعُ اللعان لمعنًى من جهتها[1]، فيسقط الحد، كما إذا صدَّقته[2]. والأصلُ[3] في ذلك قوله عليه السّلام[4]: «أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكةُ تحت الحر والحرةُ تحت المملوك»*، ولو كانا محدودَين في قذف، فعليه الحد[5].

وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج، فيُشهد[6] أربعَ مرات، يقول في كل مرة: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في

(١٢) الواو حالية.

(١) الزوجة.

(٢) فلا لعان ولا حد.

(٣) الدليل.

(٤) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «أربعة من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك»، وأخرجه الدارقطني أيضاً.

فما في "العناية": نقلا أن هذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث، فقصور عن الاطلاع على كتب الأحاديث، فتدبر. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٤ ص٧٦. (نعيم)

(٥) قوله: "فعليه الحد" لأن امتناع اللعان بمعنى من جهة، وهو كونه ليس من أهل الشهادة، فإن قيل: هلا اعتبر جانبها، وهي أيضاً محدودة في القذف درأ للحد.

أجيب بأن المانع عن الشيء إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضى؛ لأنه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه، وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم، وهو اللعان، فلا يعتبر المانع.

والقذف في نفسه موجب للحد فيحد، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه، فإنه ينعقد قذفه مقتضياً له، فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضى، فلا يجب الحد، لأنه لم ينعقد، بل انعقد اللعان، ولا لعان لبطلانه بالمانع. (عناية)

(٦) من الإشهاد بنصب الدال. (عيني)

الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع ذلك، ثم تشهد المرأةُ أربع مرات، تقول في كل مرة: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا، والأصل[١] فيه ما تلوناه من النّص. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظة[٢] المواجهة[٣] يقول فيما رميتُك به من الزنا؛ لأنه أقطع للاحتمال، وجه ما ذكر في الكتاب[٤] أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارةُ انقطع الاحتمال[٥].

قال[٦]: وإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرّق القاضي بينهما[٧]، وقال زفر: تقع[٨] بتلاعنهما؛ لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث[٩].

ولنا أن ثبوت الحرمةِ بفوت الإمساكِ[١٠] بالمعروف، فيلزمه[١١] التسريح

---

(١) الدليل.

(٢) لا بلفظ الغيبوبة.

(٣) الخطاب.

(٤) أي القدوري.

(٥) قوله: "انقطع الاحتمال" لأنه اجتمع أداتا تعريف، فهو أولى. (عيني)

(٦) أي القدوري.

(٧) قوله: "حتى يفرق إلخ" يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ عن التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثًا. (عناية)

(٨) الفرقة.

(٩) قوله: "بالحديث" روى عبد الرزاق في "مصنفه": «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا» موقوفًا على عمرو ابن مسعود، فنفي الاجتماع بعد التلاعن، وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن.
وما في "العناية": يعني قوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»، ففيه أنه لم يروِ مرفوعًا، إنما روى موقوفًا على جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، كذا قال العيني. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٠) لعدم الموافقة.

(١١) الزوج.

بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه؛ دفعًا للظلم دلّ عليه[١] قولُ ذلك[٢] الملاعِن[٣] عند النبي عليه السلام كذبتُ عليها يا رسول الله! فقال له: أمسِكْها، فقال: إن أمسكتها[٤]*، فهي طالق ثلاثًا، قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن فعل القاضي انتسب إليه[٥]، كما في العنين[٦]، وهو خاطب[٧]، وإذا أكذب نفسه[٨] عندهما. وقال أبو يوسف[٩]: هو تحريم مؤبد؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»** نصّ على التأبيد[١١].

---

(١) قوله: "دل عليه" أي على أن لاتقع الفرقة حتى يفرق القاضي، ولوقال: دل عليه أيضًا،كان أولى، فتأمل.(ع)

(٢) قوله: "قول ذلك" وجه الاستدلال أنه قال: كذبت عليها عند النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ ولم ينكر عليه النبي ﷺ، ولو وقعت الفرقة بينهما بمجرد التلاعن لأنكر رسول الله ﷺ. (عيني)

(٣) أي عويمر العجلاني. (عيني)

(٤) بعد اللعان.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٥ ص٧٦. (نعيم)

(٥) لنيابته عنه.

(٦) قوله: "كما في العنين" حيث يُؤجّله القاضي سنة، فإن وصل إليها، وإلا فرق القاضي بينهما إذا طلبت الفرقة، والفرقة بالطلاق لا تتأبد، غير أنها بائنة؛ لأن المقصود دفع الظلم عنها، فلا يحصل ذلك إلا بالبائن. (عيني)

(٧) قوله: "وهو [الزوج] خاطب إلخ" هذه مسألة مبتدأة، أي هذا الرجل بعد الإكذاب صار خاطبًا من الخطاب، أي يجوز له أن يزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها، فعليه الحد بإكذاب نفسه. (عيني)

(٨) بعد اللعان.

(٩) أي الثابت باللعان. (عناية)

(١٠) قوله: "لقوله عليه السلام: المتلاعنان إلخ" هذا من أغلاط صاحب "الهداية"، فإنه قول الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ولم يروِ مرفوعًا. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٦ ص٧٦. (نعيم)

(١١) وهو ينافي عوده خاطبًا. (عناية)

ولهما أن الإكذاب رجوع[١]، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، ولا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبقَ التلاعُن ولا حكمُه بعد الإكذاب فيجتمعان. ولو كان القذف بنفي الولد، نفى القاضي نَسبَه[٢] وألحَقَه بأمِّه، وصورة اللعان[٣] أن يأمر الحاكم الرجل، فيقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتكِ به من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة[٤].

ولو قذفها بالزنا ونفي الولد، ذكر في اللعان الأمرين[٥]، ثم ينفي القاضي نسب الولد[٦]، ويُلحقه بأمِّه؛ لما روى أن النبي ﷺ[٧] نفى ولد امرأة هلال بن أُمَيَّةَ عن هلال*، وألحقَه بها، ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد[٨]، فيوفر عليه[٩] مقصوده، فيتضمنه[١٠] القضاء بالتفريق. وعن أبي يوسف أن القاضي يفرّق، ويقول[١١]: قد ألزمتُه[١٢]

---

(١) قوله: "رجوع" [أي الإقرار بالكذب. عناية] أي عن الشهادة، والرجوع عنها يبطل حكمها، ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبًا؛ لأن معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين؛ لأنهما يكونان متلاعنين، إما حقيقةً بمباشرتهما اللعان، أو مجازًا باعتبار بقاء حكمه، فلم يبق شيء بعد الإكذاب، أما حقيقةً: فظاهر، وأما حكمًا: فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد، فبطلت أهلية اللعان، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه، فيجتمعان. (عناية)

(٢) من الأب. (عناية)

(٣) في ذلك.

(٤) أي تقول: من نفي الولد.

(٥) قوله: "الأمرين" أراد بهما الزنا، ونفي الولد. (عيني)

(٦) عن الأب.

(٧) رواه أبو داود في "سننه" عن ابن عباس. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥١، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٧ ص٧٧. (نعيم)

(٨) بأن القذف به. (عناية)

(٩) أي على الزوج. (عناية)

(١٠) قوله: "فيتضمنه [النفي]" أي يتضمن نفي الولد قضاء القاضي بالتفريق يعني إذا قال: فرقت بينهما يكفي، فلا يحتاج إلى أن ينفي القاضي نسبه، ويلحقه بأمه. (عيني)

(١١) قوله: "ويقول إلخ" حتى لو لم يقل ذلك، لم ينتف النسب عنه. (عناية)

أمَّه، وأخرجتُه من نسب الأب؛ لأنه[١] ينفك عنه، فلا بد من ذكره.

فإن عاد الزوج وأكذب نفسَه[٢] حَدّه القاضي لإقراره[٣] بوجوب الحدّ عليه، وحل له[٤] أن يتزوجها، وهذا عندهما[٥]؛ لأنه لما حُدّ[٦] لم يبقَ أهل اللعان[٧]، فارتفع حكمه المنوط به، وهو التحريم، وكذلك[٨] إن قذف[٩] غيرها[١٠]، فحدّ به؛ لما بينا[١١]، وكذا إذا زنت[١٢]، فحُدت[١٣]؛

---

(١٢) الولد.

(١) قوله: "لأنه" أى لأن نفى الولد ينفك عنه أى عن التفريق؛ إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى الولد، كما لو مات الولد، فإنه يفرق بينهما باللعان، ولا ينتفى النسب عنه، فلا بد أن يصرح القاضى بنفى النسب. (عناية)

(٢) بعد اللعان. (عناية)

(٣) الزوج.

(٤) قوله: "وحل له [الزوج]" تكرار لقوله: وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما، ويجوز أن يقال: ذكر هناك تفريعاً، ونقل ههنا لفظ القدورى. (عناية)

(٥) أى الطرفين.

(٦) فى القذف.

(٧) فإنه لم يبقَ من أهل الشهادة.

(٨) أى جاز له أن يتزوجها. (عناية)

(٩) بعد تفريق القاضى.(عناية)

(١٠) غير امرأته.

(١١) قوله: "لما بينا [أى جاز أن تيزوجها. عناية]" يريد به قوله: لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان، فارتفع بحكمه المنوط به. (عينى)

(١٢) قوله: "وكذا إذا زنت، فحدت" فإن قيل: لما جرى اللعان بينهما، علم أنهما زوجان على صفة الإحصان، والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما يرجمان، فحينئذٍ كان قوله: "فحدت" معناه رجمت، فبعد ذلك أين تبقى محلا للزوج؟ أجيب بأن معنى قوله: حدت جلدت، وتصوير المسألة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول، ثم إنها زنت بعد اللعان، وكان حدها الجلد دون الرجم؛ لأنها ليست بمحصنه؛ لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح، ولم يوجد. (عناية)

(١٣) أى له أن يتزوجها.(عناية)

لانتفاء أهلية اللعان من جانبها.

وإذا قذف[١] امرأته، وهي[٢] صغيرة، أو مجنونة، فلا لعان بينهما؛ لأنه لا يحدّ قاذفُها[٣] لو كان[٤] أجنبيًا، فكذا لا يلاعِن الزوج؛ لقيامه[٥] مقامه[٦]، وكذا[٧] إذا كان الزوج صغيراً، أو مجنونًا؛ لعدم أهلية الشهادة[٨]، وقذفُ الأخرس لا يتعلق به اللعان؛ لأنه يتعلق[٩] بالصريح[١٠] كحدّ القذف، وفيه خلاف الشافعي، وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة، والحدود تندرئ بها. وإذا قال الزوج: ليس حملكِ مني، فلا لعان، وهذا قول أبي حنيفة وزفر؛ لأنه لا يتيقن بقيام الحمل، فلم يَصر قاذفًا. وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به[١١] لأقلّ من ستة أشهر[١٢]، وهو معنى ما ذكر[١٣] في الأصل[١٤]؛ لأنا

---

(١) الرجل.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "لأنه لا يحد الخ" لعدم إحصانها؛ لأن من شرطه البلوغ والعقل.(عناية)

(٤) القاذف.

(٥) اللعان.

(٦) حد القذف.

(٧) أي لا لعان.

(٨) لكونه غير مخاطب. (عناية)

(٩) قوله: "لأنه [اللعان] يتعلق إلخ" أي لأنه قائم مقام حد القذف، وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح، فكذلك اللعان، وفيه خلاف الشافعي هو يقول: إشارة الأخرس كعبارة الناطق. ولنا أن الإشارة لا تعرى عن الشبهة؛ لكونها محتملة، والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان في معنى الحد. (عناية)

(١٠) دون الإشارة.

(١١) قوله: "إذا جاءت به [أي بالولد] إلخ" إنما قيد به؛ لأنه إذا جاءت لأكثر من ستة أشهر لا يجب اللعان؛ لأنه لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف. (عيني)

تيقنا بقيام الحمل عنده[١]، فيتحقق القذف.

قلنا: إذا لم يكن[٢] قذفًا في الحال[٣] يصير كالمعلّق بالشرط، فيصير كأنه قال: إن كان بكِ حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقُه بالشرط[٤]، فإن قال لها: زنيتِ، وهذا الحبل من الزنا تلاعنًا؛ لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحًا، ولم ينف القاضي الحمل.

وقال الشافعي: ينفيه؛ لأنه عليه السلام[٥] نفى الولد عن هلال[٦]، وقد[٧] قذفها[٨] حاملا*. ولنا أن الأحكام[٩] لا تترتب عليه إلا بعد

---

(١٢) من وقت القذف.

(١٣) قوله: "وهو معنى ما ذكر إلخ" أي قيده بمجيء الولد لأقل من ستة أشهر ما ذكره محمد في "الأصل". (عيني)

(١٤) المبسوط.

(١) أي عند القذف.(عناية)

(٢) لعدم التيقن بقيام الحمل.

(٣) أي قوله: ليس حملك مني.

(٤) قوله: "لا يصح تعليقه إلخ" لأن القذف مما لا يحلف به؛ لإفضائه إلى بقاءه إلى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف، وفي ذلك احتيال لإثبات ما يندرئ بالشبهات. (عناية)

(٥) رواه أبو داود. (عيني)

(٦) قوله: "نفي الولد إلخ" روى أنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: إن جاءت أصيهب أريصح أثبج حمش الساقين، فهو لهلال، وفي رواية أحيمر قصير، وإن جاءت به أسود جعدا جماليا، فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه، فقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن»، كذا في "العناية". والأصيهب: تصغير الأصهب، وهو الذي يعلو لونه صهبة، وهي كالشقرة، والأريصح: تصغير الأرصح، وهو الناتئ الإليتين، والحمش: الرقيق، والجعد: هو القصير المتردد الخلق، والجمالي: الضخم الأعضاء التام الأوصال، كذا في العيني. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٧) الواو حالية.

(٨) أي امرأته.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٢، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٨ ص٧٧. (نعيم)

الولادة؛ لتمكن الاحتمال قبله، والحديث[١] محمول على أنه عرف[٢] قيام الحبل بطريق الوحي.

وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة[٣]، أو فى الحالة التى تُقبَلُ التهنئة[٤]، وتُبتاع[٥] آلةُ الولادة صح نفيه[٦]، ولاعَنَ به، وإن نفاه بعد ذلك لاعَن ويثبت النسب، هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصح نفيه[٧] فى مدة النفاس؛ لأن النفى يصح فى مدةٍ قصيرةٍ، ولا يصح فى مدةٍ طويلةٍ، ففصّلنا بينهما بمدة النفاس[٨]؛ لأنه أثر الولادة. وله أنه لا معنى للتقدير[٩]؛ لأن الزمان للتأمل[١٠]، وأحوالُ الناس فيه مختلفة، فاعتبرناه ما يدل عليه[١١]، وهو

(٩) ونفي الولد حكم من أحكامه.

(١) أى حديث هلال. (عناية)

(٢) قوله: "على أنه عرف [أى أن رسول الله ﷺ] إلخ" بدليل ما روينا أنه عليه الصلاة والسلام قال: إن جاءت به كذا، كان كذا، ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي. (عناية)

(٣) أى على الولادة.

(٤) قوله: "تقبل التهنئة" قال فى "النهاية": على بناء المفعول، لا الفاعل؛ لأنه لو قبل الأب التهنئة، ثم نفى لا يصح نفيه. (عناية)

(٥) قوله: "وتبتاع" أى تشترى آلة الولادة مثل الشد والقماط، والشيء الذى يفرش تحت الولد حين يوضع، والأشياء التى يلف فيها الولد حين تضعه أمه. (عينى)

(٦) أى لا يثبت النسب.

(٧) يعنى إذا كان حاضراً. (عناية)

(٨) فهى مدة قصيرة.

(٩) بمدة.

(١٠) كي لا يقع فى نفي الولد مجازفًا. (عناية)

(١١) أى على عدم النفى. (عناية)

قبولهُ التهنئةَ[١]، أو سكوتُه عند التهنئة، أو ابتياعُه متاع الولادة، أو مضى ذلك الوقت[٢]، وهو[٣] ممتنع عن النفى، ولو كان[٤] غائبًا، ولم يَعْلم بالولادة، ثم قدم تعتبر المدة[٥] التى ذكرناها على الأصلين[٦].

قال[٧]: وإذا ولدت ولدين فى بطن واحد، فنفى الأولَ، واعترف بالثانى يثبت نسبهما؛ لأنهما توأمان خلقا عن ماءٍ واحدٍ، وحدّ الزوج؛ لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى. وإن اعترف بالأول ونفى الثانى يثبت نسبهما؛ لما ذكرنا[٨]، ولاعن؛ لأنه قاذفٌ بنفى الثانى، ولم يرجع عنه، والإقرار بالعفة[٩] سابق على القذف، فصار كما إذا قال: إنها عفيفة، ثم قال: هى زانية، وفى ذلك التلاعُن[١٠] كذا هذا.

---

(١) قوله: "وهو قبوله التهنئة إلخ" فإن ذلك إقرار منه بأن الولد له، وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة. (عناية)

(٢) قوله: "أو مضى ذلك الوقت إلخ" وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفى بعده. (عناية)

(٣) الواو للحال.

(٤) الزوج.

(٥) قوله: "تعتبر إلخ" فيجعل كأنها ولدته الآن، فله النفى عند أبى حنيفة فى مقدار ما يقبل فيه التهنئة، وعندهما فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به، فصار حال القدوم كحال الولادة. (عناية)

(٦) أى أصل الإمام وأصل الصاحبين. (عناية)

(٧) أى القدورى.

(٨) من أنهما توأمان خلقًا من ماء واحد.

(٩) قوله: "والإقرار بالعفة إلخ" جواب سؤال تقريره: ينبغى أن يجب عليه الحد؛ لأنه أكذب نفسه بعد القذف؛ لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باقٍ بعد نفى الثانى، فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار، ولو وجد الإقرار بعد النفى ثبت الإكذاب، ووجب الحد، فكذا ههنا، وتقرير الجواب: أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة، والاعتبار بالحقيقة. (عناية)

(١٠) ولا يكون ذلك إكذابًا. (عناية)

باب العِنِّين[١] و غيره

وإذا كان الزوج عنينًا أجّله الحاكم سنة[١]، فإن وصل إليها فبها، وإلا فرق[٢] بينهما إذا طلبت المرأة ذلك[٣]، هكذا روى* عن عمر، وعلى وابن مسعود[٤]، ولأن الحقّ ثابتٌ لها في الوطئ، ويحتمل أن يكون الامتناعُ[٥] لعلة معترضة[٦]، ويحتمل لآفة أصلية[٧]، فلا بد من مدة معرّفة لذلك، وقدّرناها بسنة؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة[٨]، فإذا مضت المدةُ، ولم يُصل إليها تبيّن أن العجزَ بآفة أصلية، ففات الإمساك بالمعروف، ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع[٩] ناب القاضي

(١) قوله: "باب العنين إلخ" لما فرغ عن وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق، ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق؛ لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء.
والعنين: هو الذى لا يقدر على إتيان النساء، ولا فرق بين أن تقوم آلته، أو لم تقم،وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون بعض، وبين أن يكون لمرض به، أو لضعف في خلقه، أو لكبر سنه، أو لسحر، أو لغير ذلك، فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها. (عناية)

(١) ابتداءها من وقت الخصومة. (عناية)

(٢) الحاكم.

(٣) التفريق.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٩ ص٧٧. (نعيم)

(٤) قوله: "هكذا روى عن عمر إلخ" أما الرواية عن عمر بن الخطاب: فأخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" عن سعيد بن المسيب، وأما الرواية عن على: فأخرجها ابن أبى شيبة في "مصنفه" عن الضحاك عن على، وأما الرواية عن ابن مسعود: فأخرجها ابن أبى شيبة أيضاً عن خصين بن قبيصة، عن عبد الله ابن مسعود. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) أى امتناع الزوج عن إيفاء الحق.

(٦) من رطوبة، أو برودة، أو يبوسة، فيداوى. (عينى)

(٧) أى في أصل الخلقة.

(٨) قوله: "لاشتمالها على الفصول الأربعة" لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة، فيتداوى بما يضاده من اليبوسة، أو بالعكس من ذلك، وكذلك بقية الطبائع. (عناية)

(٩) الزوج عن التسريح بالإحسان.

منابَه، فَفرّق بينهما، ولا بد من طلبها[(١)]؛ لأن التفريق حقها.

وتلك الفرقة تطليقة بائنة؛ لأن فعل القاضي أضيف إلى فعل الزوج، فكأنّه طلقها بنفسه. وقال الشافعي: هو[(٢)] فسخ[(٣)]، لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا[(٤)]، وإنما تقع[(٥)] بائنة؛ لأن المقصود، وهو دفع الظلم عنها لا يحصلُ إلا بها[(٦)]؛ لأنها[(٧)] لو لم تكن بائنة، تعود معلَّقة بالمراجعة[(٨)]، ولها كمالُ مهرها إن كان خلا بها، فإن خلوة العنّين صحيحة[(٩)]، ويجب العدة[(١٠)]؛ لما بينا[(١١)] من قبل، هذا[(١٢)] إذا أقرّ الزوج أنه لم يصل إليها. ولو اختلف الزوج والمرأة[(١٣)] في الوصول إليها، فإن كانت ثيبًا، فالقول قولُه مع يمينه؛ لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة[(١٤)]، والأصل

(١) التفريق.

(٢) التفريق.

(٣) لأنه فرقة من جهتها. (عناية)

(٤) قوله: "لا يقبل الفسخ عندنا" يعني بعد تمام العقد أما قبل تمام العقد، فيقبل ذلك، كما في خيار البلوغ، وخيار العتاقة؛ لأن ذلك امتناع من تمام العقد. (عيني)

(٥) التطليقة.

(٦) أي بالبائنة.

(٧) لأن التطليقة.

(٨) قوله: "تعود معلقة بالمراجعة" وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة، أما الأول: فلفوات المقصود، وهو الوطئ. وأما الثاني: فلأنها تحت زوج، فلا يحصل دفع الظلم. (عناية)

(٩) قوله: "صحيحة" فالمرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة، فيجب عليه البدل. (عناية)

(١٠) لتوهم الشغل احتياطًا استحسانًا. (عناية)

(١١) يعني في باب المهر. (عناية)

(١٢) أي تأجيل العنين.

(١٣) أي الزوج ادعى الوصول وأنكرته.

(١٤) قوله: "لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة" حقيقة، وإن كان مدعيا للوصول صورة، والأصل في الجبلة السلامة، فكان الظاهر شاهداً له، والقول قول من يشهد له الظاهر، وكان كالمودع إذا ادعى رد الوديعة القول

هو السلامة في الجبلّة[١]. ثم إن حلف[٢] بطل حقُّها، وإن نكل يؤجَّل سنة، وإن كانت بكراً، نظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر أُجّل سنة؛ لظهور كذبه. وإن قلن: هي ثيب، يحلف الزوج[٣]، فإن حلف لا حقّ لها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كان[٤] مجبوباً[٥]، فرق بينهما في الحال إن طلبت؛ لأنه لا فائدة في التأجيل، والخصي[٦] يؤجل كما يؤجّل العنين؛ لأن وطئه مرجو. وإذا أجّل العنين سنة، وقال: قد جامعتُها[٧] وأنكرت، نظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر خيّرت[٨]؛ لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد، وهي البكارة[٩]. وإن قلن: هي ثيّب، حلف الزوج[١٠]، فإن نكل خيّرت؛ لتأيدها[١١] بالنكول، وإن حلف لا تخيّر[١٢]، وإن كانت ثيّباً في

قوله؛ لأنه منكر معنى، وإن كان مدعياً صورة. (عناية)

(١) أي سلامة الآلة.

(٢) بالله تعالى لقد أصبتها. (عناية)

(٣) قوله: "يحلف الزوج" لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر، فيشترط اليمين مع شهادتهن؛ ليكون حجة، ثم كيف يعرف أنها بكر، أو ثيب.
قالوا: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج، فإن دخل بلا عنف فثيب، وإلا فبكر، وقيل: يكسر البيضة، فيصب في فرجها، فإن دخلت فثيب، وإلا فبكر. (ع)

(٤) الزوج.

(٥) قوله: "مجبوباً" وهو الذي استوصل ذكره وخصيتاه من الجب، وهو القطع. (عيني)

(٦) قوله: "والخصي" من خصيت الفحل خصاء ممدوداً، إذا سللت خصيته. (عيني)

(٧) في السنة.

(٨) فلو اختارت الفرقة، فرق القاضي.

(٩) فإن البكارة أصل، ويؤيد شهادتهن.

(١٠) قوله: "حلف الزوج" حاصله أن الإراءة للنساء مرتين: مرة قبل الأجل للتأجيل، ومرة بعد الأجل للعجز. (عناية)

(١١)قوله: "لتأيدها بالنكول" أي لتأيد دعوى المرأة أنه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين. (عناية)

الأصل، فالقول قولُه مع يمينه، وقد ذكرناه[١].

فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار؛ لأنها رضيت ببطلان حقها، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية[٢] هو الصحيح[٣]، ويُحتسب بأيام الحيض[٤]، وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة، ولا يُحتسب بمرضه ومرضها؛ لأن السنة قد تخلو عنه[٥].

وإذا كان بالزوجة عيبٌ، فلا خيار للزوج[٦]، وقال الشافعي: يرد[٧] بالعيوب الخمسة، وهي: الجُذام[٨]، والبرص، والجنون، والرتق، والقرْن؛ لأنها تمنع الاستيفاء حسّا وطبعًا[٩]، والطبع مؤيّد بالشرع؛ قال

---

(١٢) لبطلان حقها. (عناية)

(١) قوله: "وقد ذكرناه" يعني قوله: فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه ينكر استحقاق الفرقة. (ع)

(٢) قوله: "السنة القمرية" وهي ثلاث مائة وأربعة وخمسون يوما، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتبر السنة الشمسية، وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوما رجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم. (عناية)

(٣) قوله: "هو الصحيح" لأنه أطلق محمد في "الأصل"، ولم يقيده بالقمرية و[illegible] بالشمسية، والسنة تنصرف إلى القمرية مطلقًا. (عيني)

(٤) قوله: "ويحتسب إلخ" يعني لا يعوض عن أيام الحيض، وعن شهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل أيام أخر، بل هي محسوبة من مدة التأجيل. (عناية)

(٥) قوله: "قد تخلو عنه" [مرض] فلم يكن المرض في معنى أيام الحيض وشهر رمضان، فيعوض لذلك من أيام أخر. (عناية)

(٦) في فسخ النكاح. (عناية)

(٧) النكاح.

(٨) قوله: "وهي الجذام" وهو علة رديئة تحدث من انتشار المرة السوداء، والبرص -وهو بياض يظهر في البدن- ويكون في بعض الأعضاء دون البعض، وربما يكون في سائر الأعضاء، حتى يكون ظاهر البدن كله أبيض، وسببه سوء مزاج العضو إلى البرودة وغلبة البلغم، والجنون -وهو زوال العقل- والرتق، وهو مصدر من [illegible]: امرأة رتقاء بنية الرتق لا يستطاع جماعها بأن لا يكون لها نقب سوى المبال، وا لقرن، بسكون الراء، وهو مانع يمنع من سلوك الذكر في الفرج من عظم أو غيره. (عيني)

(٩) قوله: "حسًا وطبعًا" أما حسًا: ففي الرتق والقرن، وأما طبعًا: ففي الجذام والبرص والجنون؛ لأن

عليه السلام[١]: «فر[٢] من المجذوم فرارك من الأسد»*.

ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ[٣]، فاختلالُه بهذه العيوب أولى، وهذا[٤] لأن الاستيفاء من الثمرات[٥]، والمستحقُّ هو التمكن، وهو حاصل[٦]. وإذا كان بالزوج جنون، أو برص، أو جذام، فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لها الخيار[٧]؛ دفعًا للضرر عنها، كما في الجب والعنّة، بخلاف جانبه[٨]؛ لأنه[٩] متمكن من دفع الضرر بالطلاق. ولهما أن الأصل عدم الخيار؛ لما فيه من إبطال حقّ الزوج، وإنما يثبت في الجبّ والعنة لأنهما يخلان بالمقصود[١٠]

الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء، وربما يسرى إلى الأولاد. (ع)

(١) أخرجه البخاري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة. (عيني)

(٢) قوله: "فر" بكسر الفاء وتشديد الراء المفتوحة، ويجوز كسرها، والمجذوم الذى أصابه الجذام، وقوله: فرارك منصوب بنزع الخافض أى مثل فرارك، وهذا الحديث من قبيل سد الذرائع. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٥، ولم يخرّجه الحافظ فى "الدراية". (نعيم)

(٣) قوله: "لا يوجب الفسخ" حتى لا يسقط شيء من مهرها، قيل: فيه ضعف؛ لأن النكاح موقت بحياتهما. (عناية)

(٤) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ.

(٥) قوله: "من الثمرات" وفوات الثمرة لا يؤثر فى عقد النكاح، ألا ترى أنه لو لم يستوفِ لبخر أو وفر، أو قروح فاحشة، لم يكن له حق الفسخ. (عناية)

(٦) قوله: "وهو حاصل" أما فى الجذام والبرص والجنون فظاهر، وأما فى الباقين فبالشق والفتق، وقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «فر من المجذوم» الحديث محمول على الفرار بالطلاق. (عناية)

(٧) قوله: "لها الخيار" لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه، فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير؛ دفعا للضرر حيث لا طريق لها سواه. (عناية)

(٨) أي إذا كان بالزوجة جنون، أو جذام، أو برص، فلا خيار له؛ لأن إلخ.

(٩) الزوج.

(١٠) وهو الوطئ؛ لأن شرعية النكاح لأجل الوطئ. (عناية)

المشروع[1] له النكاح، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا، والله أعلم بالصواب.

بَاب[2] العدّة[3]

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا، أو رجعيًّا[4]، أو ووقعت الفرقة بينهما بغير طلاق[5]، وهى[6] حرّة ممن تحيض، فعدتها ثلاثة أقراء؛ لقوله تعالى: ﴿والمطلّقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾.

والفرقة إذا كانت بغير طلاقٍ، فهى فى معنى الطلاق؛ لأن العدة وجبت للتعرّف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح، وهذا[7] يتحقق فيها. والأقْراء[8] الحِيَض عندنا، وقال الشافعى: الأطهار، واللفظ[9] حقيقةٌ فيهما[10]؛ إذ هو من الأضداد، كذا قال ابن السكيت.

---

(١) أى التمكن من الوطئ.

(٢) قوله: "باب العدة" لما كانت العدة أثر الفرقة بالطلاق وغيره، عقبها بذكر وجوه التفريق فى باب على حدة؛ لأن الأثر يعقب المؤثر. (عناية)

(٣)قوله: "العدة" هى فى اللغة أيام أقراء المرأة، وفى الشريعة: تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة مؤكدا بالدخول، أو الخلوة، أو الموت. (عناية)

(٤)قوله: "أو رجعيا" ولم يقل: وقد دخل بها؛ لأن قوله: رجعيا يغنى عنه؛ إذ الرجعة لا تكون إلا فى المدخول بها. (ع)

(٥) قوله: بغير طلاق" كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر، والفرقة فى النكاح الفاسد. (عناية)

(٦) الواو حالية.

(٧) أى التعرف عن براءة الرحم. (عناية)

(٨) أى فى الفرقة بغير طلاق. (عناية)

(٩) أى لفظ القرء.

(١٠) فكان من الألفاظ المشتركة.

ولا ينتظمهما[1] جملةً للاشتراك[2]، والحمل على الحيض أولى، إما عملا بلفظ الجمع[3]؛ لأنه[4] لو حمل على الأطهار[5]، والطلاقُ يوقع في طهرٍ لم يبق جمعًا، أو لأنه معرِّف لبراءة الرحم[6]، وهو[7] المقصود[8]، أو لقوله عليه السلام[9]: «وعدة الأمة حيضتان»[10]*، فيلتحق بيانًا به. وإن كانت ممن لا تحيض من صغرٍ، أوكبرٍ، فعدتها ثلاثة أشهر؛ لقوله تعالى: ﴿واللائي يَئِسْنَ من المحيض من نسائكم﴾ الآية[11]، وكذا التي بلغت بالسّنّ[12]، ولم تحض بآخر الآية[13]، وإن

---

(١) اللفظ.

(٢) قوله: "للاشتراك" فإن اللفظ الواحد عندنا، لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين، حقيقةً، أو مجازًا على ما عرف في الأصول، فلا بد من الحمل على أحدهما، والحمل إلخ. (عناية)

(٣) يعني قروء، فإنه جمع قرء بالفتح.

(٤) حيض.

(٥) قوله: "لأنه لو حمل إلخ" توجيهه أن أقل الجمع ثلاثة، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض، لا على الطهر؛ لما أن الطلاق يوقع في طهر، وهو السنة، ثم هو محسوب من الأقراء عند من يقول: بالأطهار؛ فيكون حينئذٍ مدة عدتها قرءين وبعض الثالث، ولفظ الثلاثة في قوله تعالى: ﴿ثلاثة قروء﴾ خاص؛ لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد، وهو لا يحتمل النقصان، وهذا أيضًا مما عرف في الأصول، بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض، فإنه يكمل ثلاثًا. (ع)

(٦) قوله: "معرف لبراءة الرحم" لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر؛ لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان، فلا يحصل التعرف بأنها حامل، أو حائل. (عناية)

(٧) أي التعرف.

(٨) من العدة.

(٩) هذا الحديث قد مضى في كتاب الطلاق قبل باب إيقاع الطلاق. (عيني)

(١٠) قوله: "وعدة الأمة حيضتان" والرق إنما يؤثر في التنصيف، لا في النقل من الطهر إلى الحيض، فيلتحق، أي هذا الحديث به، أي بالمشترك من الكتاب بيانًا. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٥، والدراية ج٢ وقد تقدم الحديث في الطلاق. (نعيم)

(١١) ﴿إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾.

كانت حاملا، فعدتها أن تَضَع حملها؛ لقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلُهُن أن يَضعن حملهن﴾. وإن كانت أمةً فعدتها حيضتان؛ لقوله عليه السّلام[1]: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»*، ولأن الرق[2] منصّف[3]، والحيضة لا تتجزأ فكملت، فصارت حيضتين، وإليه[4] أشار عمر بقوله[5]: "لو استطعت لجعلتُها حيضة ونصفًا"**، وإن كانت[6] لا تحيض، فعدتها شهر ونصف؛ لأنه[7] متجزٍ، فأمكن تنصيفه عملا بالرق. وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهرٍ وعشر؛ لقوله تعالى[8]: ﴿وَيَذَرُوْنَ أزواجًا يَتَرَبَّصْنَ بأنفسهن أربعة أشهر و عشرًا﴾. وعدة الأمة شهران وخمسة أيام؛ لأن الرق منصِّف، وإن كانت[9]

(١٢) أي خمسة عشر سنة.

(١٣) قوله: "بآخر الآية" وهو قوله تعالى: ﴿واللائي لم يحضن﴾ عطف على ﴿اللائي يئسن﴾، وجعل لهما خبرًا واحدًا. (عناية)

(١) هذا الحديث قد مر في كتاب الطلاق، في أواخر الفصل الذي فيه. (عيني)

* وهذا الحديث لم يخرّج الزيلعي والحافظ في "نصب الراية" و "الدراية". (نعيم)

(٢) فصارت عدة الأمة حيضة ونصفًا.

(٣) قوله: "منصف" بدليل قوله تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾. (عيني)

(٤) قوله: "وإليه" أي إلى عدم تجزئ الحيضة، أشار عمر رضي الله تعالى عنه بقوله: "لو استطعت لجعلتها" أي لجعلت عدة الأمة حيضة ونصف حيضة، ولكن جعلتها حيضتين كاملتين لعدم الاستطاعة على تجزئ الحيضة؛ لأنها تختلف قلةً وكثرةً ووقتًا. (عيني)

(٥) رواه عبد الرزاق في "مصنفه".(عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٠ ص٧٨. (نعيم)

(٦) الأمة.

(٧) أي لأن الشهر.

(٨) ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون﴾ إلخ.

(٩) أي المتوفى عنها زوجها سواء كانت حرة أو أمة. (عيني)

حاملا، فعدتها أن تضع حملها؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلُهن أن يَّضَعن حملهن﴾، وقال عبد الله بن مسعود[١]: من شاء[٢] باهلتُه[٣] أن سورة النساء القصرى[٤] نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة[٥]*، وقال عمر[٦]: "لو وضعت، وزوجها[٧] على سريره[٨] لانقضت عدتها، وحل لها أن تتزوج"**.

وإذا ورثت المطلّقة[٩] فى المرض، فعدتها أبعد الأجلين[١٠]،

(١) قوله: "وقال عبد الله إلخ" أى كان على رضى الله عنه يقول: تعتد بأبعد الأجلين: إما بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشراً، أيهما كان أبعد؛ لأن قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن﴾ الآية يقتضى الاعتداد بوضع الحمل، و قوله: ﴿يتربصن بأنفسهن﴾ يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشراً، فيجمع بينهما احتياطًا، وقلنا:قال عبد الله بن مسعود إلخ. (عناية)

(٢) روى فى السنن مسندا إلى مسروق عن عبد الله بن مسعود. (عينى)

(٣) قوله: "باهلته" من المباهلة أى الملاعنة من البهل، وهو اللعن، وكانوا يقولون: إذا اختلفوا فى شىء، بهلته الله على الكاذب منا، قالوا: هى مشروعة فى زماننا أيضاً. (عينى)

(٤) قوله: "سورة النساء القصرى [أى التى فيها آية ﴿وأولات الأحمال﴾ إلخ]" يعنى سورة ﴿يا أيها النبى إذا طلقتم النساء﴾ إلخ. (عناية)

(٥) قوله: "بعد الآية [أى ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة﴾ إلخ] التى إلخ" يريد أن قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال﴾ متأخر عن قوله تعالى: ﴿يتربصن بأنفسهن﴾، فيكون ناسخًا فى ذوات الأحمال. (ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٩١ ص٧٨. (نعيم)

(٦) رواه مالك فى "موطئه". (عينى)

(٧) الواو حالية.

(٨) أى لم يدفن بعد.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٢ ص٧٨. (نعيم)

(٩) قوله: "وإذا ورثت المطلقة إلخ" أراد به امرأة الفارّ، يعنى المريض مرض الموت إذا طلق امرأته ثلاثًا، أو واحدة بائنة، ثم مات، وهى فى العدة ترث باتفاق أصحابنا، وفى العدة اختلاف بينهم. (عينى)

(١٠) قوله: "أبعد الأجلين [أى أجل الطلاق وأجل الوفاة]" أى تعتد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشراً، فلم تحض، كانت فى العدة ما لم تحض ثلاث حيض، ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشراً، لا تنقضى عدتها حتى تتم المدة. (عناية)

وهذا[١] عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ثلاث حيض، ومعناه[٢] إذا كان الطلاق بائنًا، أو ثلاثًا، أما إذا كان رجعيًا، فعليها عدة الوفاة[٣] بالإجماع[٤]. لأبي يوسف: أن النكاح قد انقطع[٥] قبل الموت بالطلاق، ولزمتها ثلاثُ حيض، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة[٦] إلا أنه بقي في حق الإرث[٧]، لا في حق تغير العدة، بخلاف الرجعي[٨]؛ لأن النكاح باقٍ من كل وجهٍ[٩].

ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيًا في حق العدة[١٠] احتياطًا، فيجمع بينهما، ولو قتل على ردّته[١١] حتى ورثته امرأته، فعدتها على هذا

---

(١) أي كون عدتها أبعد الأجلين.

(٢) أي معناه معنى الخلاف في أبعد الأجلين.

(٣) لا عدة الطلاق.

(٤) لعدم انقطاع النكاح. (عيني)

(٥) قوله: قد انقطع إلخ" لأن الكلام في الطلاق البائن، وهو قاطع في النكاح بلا خلاف. (ع)

(٦) وليس كذلك.

(٧) قوله: "إلا أنه إلخ" هذا جواب عما يقال: لو كان كذلك؛ لما بقي في حق الإرث، وأجاب بقوله: إلا أنه أي أن النكاح بقي في حق الإرث بالدليل الدال على توريثها بسبب الفرار، لا في حق تغير العدة. (عيني)

(٨) الطلاق.

(٩) لأنه لا ينقطع بالرجعي. (عيني)

(١٠) فجعل العدة أبعد الأجلين.

(١١) قوله: "ولو قتل إلخ" جواب عما استدل به أبو يوسف، فقال: ألا يرى أن المرتد إذا مات، أو قتل على ردته، ترث زوجته المسلمة، وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع؛ لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته، فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن، لا بالموت.

وتقريره: أن ذلك أيضًا على هذا الاختلاف، عندهما تعتد بأبعد الأجلين، فلا ينهض دليلا، وقيل: عدتها بالحيض بالإجماع، وعذرهما عن ذلك كما ذكر في الكتاب أن النكاح حينئذٍ ما اعتبر باقيًا إلى وقت الموت في حق الإرث؛ لأنها عنده مسلمة، والمسلمة لا ترث الكافر، ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض، فلا تلزمها عدة الوفاة، وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق،

الاختلاف، وقيل: عدتُها بالحيض بالإجماع؛ لأن النكاحَ حينئذٍ ما اعتُبر باقيا إلى وقت الموت فى حق الإرث؛ لأن المسلمة لا ترث من الكافر.

فإن أعتقت الأمة[1] فى عدتها من طلاقٍ رجعى، انتقلت عدتُّها إلى عدة الحرائر؛ لقيام النكاح من كل وجه، وإن أعتقت وهى[2] مبتوتةٌ[3]، أو متوفى عنها زوجُها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر؛ لزوال النكاح بالبينونة، أو الموت.

وإن كانت[4] آئسةً فاعتدت بالشهور، ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض[5]، ومعناه[6] إذا رأت الدم على العادة؛ لأن عَودَها يُبطل الإياس هو الصحيح[7]، فظهر أنه[8] لم يكن خلفًا[9]، وهذا[10] لأن شرط الخلفية تحقُّق اليأس، وذلك باستدامة

فعرفنا أن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكمًا. (عناية)

(١) قوله: "فإن أعتقت إلخ" صورته: الأمة المنكوحة طلقها زوجها رجعيا، ثم أعتقها مولاها فى عدتها، تحولت عدتها إلى عدة الحرائر من وقت الطلاق، فعليها أن تعتد بثلاث حيض إن كانت ممن تحيض، وبثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض. (عينى)

(٢) والواو حالية.

(٣) أى مطلقة طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا.

(٤) الامرأة المطلقة.

(٥) قوله: "وعليها أن تستأنف إلخ" لأن الشهور فى الآئسة بدل عن الحيض، ولا معتبر بالبدل مع القدرة على الأصل، فلما رأت الدم علم أن اليأس عن الأصل لم يكن متحققا، والشرط هو اليأس إلى الموت. (عينى)

(٦) قوله: "ومعناه" أى معنى ما ذكره القدورى؛ لأن المسألة من مسائل القدورى إذا رأت الدم على العادة التى كانت قبل الإياس، يعنى كثيراً سائلا، أما إذا كانت بلة يسيرة لا يكون حيضًا، بل كان ذلك من نتن الرحم. (عينى)

(٧) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازى، فإنه كان يقول: هذا إذا لم يحكم بإياسها، فأما إذا انقطع الدم عنها زمانًا، حتى يحكم بإياسها، وكانت بنت ستين سنة، أو نحوها، فرأت الدم بعد ذلك لم تكن حيضًا. (عناية)

(٨) أى أن الشهر.

(٩) عن الحيض.

العَجز إلى الممات كالفدية[١] فى حق الشيخ الفانى[٢].

ولو حاضت[٣] حيضتين، ثم أيست تعتد بالشهور؛ تحرزًا عن الجمع بين البدل والمبدل، والمنكوحةُ نكاحًا فاسدًا[٤]، والموطوءة بشبهة[٥] عدتُهما الحيضُ[٦] فى الفرقةِ والموتِ؛ لأنها[٧] للتعرف عن براءة الرحم؛ لا لقضاء حقّ النكاح[٨]، والحيض هو المعرّف[٩]. وإذا مات مولى أم الولد عنها، أو أعْتَقَها، فعدتها ثلاث حيض، وقال الشافعى: حيضة واحدة؛ لأنها[١٠] تجب بزوال ملك اليمين، فشابهت الاستبراء[١١].

---

(١٠) أى عدم ظهور الخليفة.

(١) قوله: "كالفدية [بدل الصوم] فى إلخ" يعنى أن شرط الخليفة فى الشيخ الفانى استمرار العجز مدة العمر، فكذا ههنا. (عينى)

(٢) إذا لم يصم.

(٣) الامرأة المطلقة.

(٤) قوله: "نكاحًا فاسدًا" أراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود، ونكاح الأخت فى عدة الأخت، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة. (عينى)

(٥) قوله: "والموطوءة بشبهة" وهى التى زفت إلى غير زوجها، فوطئها. (عناية)

(٦) ثلاث حيض.

(٧) أى لأن عدتها.

(٨) قوله: "لا لقضاء حق النكاح" إذا لا حق للنكاح الفاسد، والوطئ بشبهة. (عناية)

(٩) قوله: "والحيض هو المعرف" ولا تفرقة فى ذلك بين الفرقة والموت، فإن قيل: فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحدة، أو شهر واحد، كما فى الاستبراء، وليس كذلك.
أجيب: بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقًا للشبهة بالحقيقة، فإن أحكام العقد الفاسد أبدًا تؤخذ من حكم الصحيح، كما فى البيع الفاسد، والإجارة الفاسدة، فإنهما يفيدان إفادة الصحيح غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه، وكذلك يثبت أجر المثل دون المسمى لذلك، وههنا أيضًا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف؛ لفوت نعمة النكاح، فالنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد، فلذلك اختصت بالصحيح، ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطًا. (عينى)

(١٠) أى لأن عدة أم الولد.

(١١) ولهذا لا يختلف بالحياة والوفاة.

ولنا أنها[١] وجبت بزوال الفراش، فأشبه عدة النكاح[٢]، ثم إمامنا فيه عمر، فإنه قال[٣]: عدة أم الولد ثلاث حيض*، ولو كانت ممن لا تحيض، فعدتها ثلاثة أشهر، كما في النكاح[٤].

وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل، فعدتها أن تضع حملها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر، وهو قول الشافعي؛ لأن الحملَ ليس بثابت النسب منه[٥]، فصار[٦] كالحادث بعد الموت[٧]. لهما إطلاق قوله تعالى[٨]: ﴿وأولاتُ الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾، ولأنها[٩] مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة، أو طالت، لا للتعرف[١٠] عن فراغ

---

(١) أي عدة أم الولد.

(٢) قوله: "فأشبه عدة النكاح" وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة، والقياس على الاستبراء ضعيف؛ لأن سببه استحداث الملك، وسببها زوال الفراش، ولا مناسبة بينهما. (عناية)

(٣) قوله: "فإنه قال [هذا غريب. عيني] إلخ" روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" أن عمرو بن العاص أمر أم الولد إذا أعتقت أن تعتد بثلاث حيض، وكتب إلى عمر، فكتب بحسن رأيه. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٣ ص٧٨. (نعيم)

(٤) فإن من لا تحيض من المنكوحة، عدتها ثلاثة أشهر.

(٥) أي من الصغير.

(٦) أي الحمل.

(٧) قوله: "كالحادث بعد الموت" يعني بأن تضع بعد الموت بستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ، وقال بعضهم: بأن يأتي لأكثر من سنتين. قال في "النهاية": والأول أصح، وتفسير قيام الحمل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت، كذا في "الفوائد الظهيرية". (عناية)

(٨) قوله: "لهما إطلاق إلخ" أي من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج، أو من غيره في عدة الطلاق، أو الوفاة. (عناية)

(٩) أي لأن عدة الوفاة.

(١٠) بل لقضاء حق النكاح.

الرحم، لشرعها[1] بالأشهر مع وجود الأقراء[2]، لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى[3] يتحقق في الصبي، وإن[4] لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل الحادث[5]؛ لأنه وجبت العدة بالشهور، فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت، وجبت مقدرةً بمدة الحمل، فافترقا، ولا يلزم[6] امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت؛ لأن النسب يثبت منه، فكان[7] كالقائم عند الموت حكمًا[8]. ولا يثبت نسب الولد في الوجهين[9]؛ لأن الصبي لا ماء له، فلا يتصور منه[10] العلوق والنكاح

---

(١) أي لشرع عدة الوفاة. (عناية)

(٢) قوله: "بالأشهر إلخ" يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر؛ لأن الحيض هو المعرف على ما عرف. (عناية)

(٣) أي قضاء حق النكاح.

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "بخلاف الحمل إلخ" جواب عن قوله: فصار كالحادث بعد الموت، يعني إنما كانت عدتها بالشهود؛ لأنا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت، وألزمنا العدة، ووجبت العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص، فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه، كما وجبت العدة، وجبت مقدرة بمدة الحمل؛ لأنها عدة أولات الأحمال بالنص، فافترقا أي الحمل القائم عند الموت، والحادث بعده. (عناية)

(٦) قوله: "ولا يلزم إلخ" جواب عما يقال: إذا مات الرجل، ولم تكن المرأة حاملا، فقد ألزمناها العدة بالشهود، ثم إذا ظهر الحمل يكون عدتها بوضع الحمل، فقد تغيرت العدة بوضع الحمل، فأجاب بقوله: ولا يلزم امرأة إلخ. (عيني)

(٧) أي الحمل.

(٨) قوله: "كالقائم عند الموت حكمًا" تبعًا لحكم شرعي آخر، وهو ثبوت النسب؛ لأن النسب بلا حمل لا يثبت، وحيث ثبت لها ههنا لا بد له من حمل، فجعلناه كالقائم حكمًا، وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائمًا عند الموت، فكان الحمل مضافًا إلى أقرب الأوقات، فكان ابتداء عدتها بالأشهر لا محالة. (عناية)

(٩) قوله: "في الوجهين" أي في ما إذا كان الحمل قائمًا عند موت الصغير، وفيما إذا كان حادثًا بعد موته. (عيني)

(١٠) الصبي.

يقام مقامه[١] في موضع التصور[٢]، وإذا طلق الرجل امرأةً في حالة الحيض لم تَعتد[٣] بالحيضة التي وقع فيها الطلاق؛ لأن العدة مقدرة بثلاث حيضٍ كوامل، فلا ينقص عنها.

وإذا وُطئت المعتدة[٤] بشبهة، فعليها عدة أخرى، وتداخلت العدتان، ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبًا منهما جميعًا، وإذا انقضت العدة الأولى، ولم تكمل الثانية، فعليها إتمام العدة الثانية[٥]، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تتداخلان؛ لأن المقصود[٦] هو العبادة، فإنها[٧] عبادة كفٌّ عن التزوج والخروج، فلا تتداخلان[٨] كالصومين في يوم واحد[٩] ولنا أن المقصود[١٠] التعرُّف عن فراغ الرحم، وقد حصل بالواحدة[١١] فتتداخلان، ومعنى العبادة[١٢] تابع، ألا ترى أنها تنقضي بدون

(١) قوله: "والنكاح يقام مقامه [الماء] إلخ" جواب عما يقال: النكاح موجود، فيقام مقام الماء؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الولد للفراش»، فأجاب بقوله: والنكاح إلخ. (عيني)

(٢) أي تصور الوطئ.

(٣) أي لم تحتسب تلك المرأة.

(٤) قوله: "وإذا وطئت إلخ" المعتدة عن طلاق بائن، وطئها رجل بشبهة بأن قال: ظننتها تحل لي. (عيني)

(٥) قوله: "فعليها إتمام إلخ" وصورة ذلك أن الوطئ الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلاث حيض أيضاً، والحيضتان تنوب عن أربع حيض: حيضتان للأولى، وحيضتان للثانية، والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة، وإن لم تكن رأت شيئاً، فليس عليها إلا ثلاث حيض، وهي تنوب عن ستة حيض. (عناية)

(٦) من العدة.

(٧) العدة.

(٨) فإنه لا تداخل في العبادات.

(٩) قوله: "كالصومين إلخ" فإن العدة كف عن التزوج والخروج، كما أن الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين، فكما لا تداخل في الصوم، فكذا في العدة. (عناية)

(١٠) من العدة.

(١١) أي بالعدة الواحدة.

علمها[1]، ومع تركها الكف[2].

والمعتدة عن وفاةٍ إذا وطئت بشبهةٍ تعتد بالشهور، وتحتسب بما تراه[3] من الحيض فيها؛ تحقيقًا للتداخل بقدر الإمكان.

وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق*، وفي الوفاة عقيب الوفاة، فإن لم تعلم بالطلاق، أو الوفاة حتى مضت مدة العدة، فقد انقضت عدتُها؛ لأن سبب وجوب العدة الطلاقُ، أو الوفاةُ، فيعتبر ابتداءها[4] من وقت وجود السبب، ومشايخنا[5] يفتون في الطلاق أن ابتداءها[6] من وقت الإقرار نفيًا لتهمة المواضعة[7].

والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق[8]، أو عزم الواطئ[9] على

(١٢) جواب عن قوله: لأن المقصود هو العبادة. (عناية)

(١) المرأة.

(٢) قوله: "ومع تركها الكف" عن الخروج والتزوج حتى إذا خرجت، أو تزوجت بزوج آخر لا تبطل العدة، ولو كان معنى العبادة فيها ركنا مقصودا لم تنقص بدون الكف؛ لأن العبادة لا تتحقق بلا ركن. (عيني)

(٣) قوله: "وتحتسب إلخ" قال في "المبسوط": لو تزوجت في عدة الوفاة، فدخل بها الثاني، ففرق بينهما، فعليها بقية عدتها من الأول تمام أربعة أشهر وعشر يوم، وعليها ثلاث حيض للآخر، وتحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضًا. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٤ ص٧٩. (نعيم)

(٤) العدة.

(٥) قوله: "ومشايخنا" [يريد علماء بخارى وسمرقند. عناية] قال محمد: إذا فارق الرجل امرأته زمانا، ثم قال لها: كنت طلقتك منذ كذا، والمرأة لا تعلم بذلك، لها أن تصدقه، وتعتبر عدتها من ذلك الوقت، ومشايخنا إلخ. (ع)

(٦) العدة.

(٧) قوله: "نفيًا لتهمة المواضعة" لجواز أن يتواضعا على الطلاق، وانقضاء العدة؛ ليصح إقرار المريض لها بالدين، ووصيته لها بشيء، أو يتواضعا على انقضاء العدة؛ لأن يتزوج أختها، أو أربعًا سواها. (عناية)

(٨) قوله: "عقيب التفريق" بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما. (ع)

ترك وطئها، وقال زفر: من آخر الوطئات؛ لأن الوطئ هو السبب الموجِب[١]. ولنا أن كل وطئ[٢] وُجد في العقد الفاسد يجرى مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحدٍ، ولهذا يكتفى في الكل بمهرٍ واحدٍ، فقبل المتاركة، أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره، ولأن التمكن[٣] على وجهه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطئ لخفاءه[٤]، ومساسُ الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره.

وإذا قالت المعتدة: انقضت عدتى، وكذبها الزوجُ، كان القول قولها مع اليمين؛ لأنها أمينة في ذلك، وقد اتهمت بالكذب، فتحلف كالمودَع[٥]. وإذا طلّق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا[٦]، ثم تزوجها في عدتها،

---

(٩) قوله: "أو عزم إلخ" والعزم أمر باطن لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر، وهو الاختيار بذلك بأن يقول: تركت وطئها، وما يفيد معناها، فيقام مقامه، فيدار الحكم عليه. (عناية)

(١) للعدة إذ لو لم يطأها، لم يجب عليها العدة.

(٢) قوله: "ولنا أن كل وطئ إلخ" تقريره: القول بالموجب، وهو أن يقال: سلمنا أن الوطئ هو السبب الموجب، لكن جميع الوطئات التى توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد، ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد، وإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة إلا بالتفريق، أو العزم؛ لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره، فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها. وتحرير هذه النكتة أن العدة لا تثبت إلا بآخر وطئة، وآخر وطئة لا توجد إلا بالتفريق، أو العزم أما إنها لا تثبت إلا بآخر وطئة، فبالاتفاق بيننا وبين الخصم، وأما إن آخر وطئة لاتوجد إلا بالتفريق، أو العزم فلما قال: مع جواز وجود غيره.(ع)

(٣) قوله: "ولأن التمكن إلخ" دليل آخر، وتقريره: أن حقيقة الوطئ أمر خفى، له سبب ظاهر، وهو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة، وكل أمر خفى له سبب ظاهر يقام السبب مقامه، ويدار الحكم عليه، فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ، وإذا قام مقامها، فمهما كان التمكن باقيا، كان الوطئ باقيا، فلا يتعين آخر الوطئات؛ إذ التمكن باقٍ بعد كل وطئة فرضت، فلا بد من المتاركة، أو العزم ليرتفع التمكن، فتعين آخر الوطئات. فإن قلت: لا نسلم أن حقيقة الوطئ أمر خفى؛ لأن الحاجة إلى معرفة العدة، إنما هى للزوجين، وحقيقة الوطئ ليست مخفية بالنسبة إليهما. قلت: وقد أشار إلى الجواب بقوله: ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره أى غير الواطئ، وهو الذى يريد أن يتزوجها، وقيل: وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها.(ع)

(٤) الوطئ.

(٥) قوله: "كالمودع" يعنى إذا قال: هلكت الوديعة، أو قال: رددتها، وأنكر المودع ذلك، فإن القول قوله

وطلقها قبل الدخول بها، فعليه مهر كامل، وعليها عدّة مستقلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: عليه نصف المهر، وعليها إتمام العدة الأولى؛ لأن هذا[١] طلاقٌ قبل المسيس[٢]، فلا يوجب كمال المهر، ولا استئناف العدة، وإكمال العدة الأولى[٣] إنما يجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني، فإذا ارتفع[٤] بالطلاق الثاني، ظهرحكمه[٥] كما لو اشترى أم ولدٍ[٦]، ثم أعتقها. ولهما أنها[٧] مقبوضةٌ في يده[٨] حقيقةً بالوطئة الأولى، وبقي أثره[٩]، وهو العدة، فإذا جدّد النكاح، وهي[١٠] مقبوضة ناب ذلك القبض[١١] عن القبض المستحقّ في هذا النكاح كالغاصب

مع يمينه؛ لأنه أمين، وما على الأمين إلا اليمين. (عناية)

(٦) قوله: "وإذا طلق إلخ" هذه المسألة مبنية على أصل واحد، وهو أن الدخول في النكاح الأول، هل يكون دخولا في النكاح الثاني أولا، فعند محمد لا يكون، وعندهما يكون. (عناية)

(١) أي الطلاق بعد النكاح الثاني.

(٢) والخلوة الصحيحة.

(٣) أي فإن قيل: لم يجب عليها إكمال العدة الأولى، قلت: وإكمال إلخ.

(٤) قوله: "فإذا ارتفع [التزوج الثاني] إلخ" أي فإذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم، فيجب عليها إكمال العدة الأولى. (ع)

(٥) الطلاق الأول.

(٦) قوله: "كما لو اشترى أم ولد" أي المنكوحة التي ولدت عنه، ثم أعتقها، فإنه يجب عليها ثلاث حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب المنكوحة من الخروج والتزين، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها؛ لأنه لما اشتراها، عند النكاح، وجبت العدة، ألا يرى أنه لا يجوز أن يزوجها، وإنما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع، وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع، ظهر حكم العدة في حقه أيضاً، فوجب حيضتان للفساد، وهما تعتبران من الإعتاق أيضاً، ويلزمها الحداد، وأما الثالثة: فإنما يجب من العتق خاصة، فلا يلزمها الحداد. (ع)

(٧) الامرأة.

(٨) الزّوج.

(٩) أي أثر الوطئ الأول.

(١٠) الواو حالية.

(١١) قوله: "ناب ذلك القبض الذي كان [بالدخول] عن القبض [بالدخول] إلخ" فإذا طلقها صار كأنه

يشترى المغصوب الذى فى يده يصير قابضا بمجرد العقد[1]، فوضح بهذا أنه[2] طلاق بعد الدخول. وقال زفر: لا عدة عليها أصلا؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج[3]، فلا تعود، والثانية لم تجب[4]، وجوابه ما قلنا[5].

وإذا طلق الذمى الذمية، فلا عدة عليها، وكذا إذا خرجت[6] الحربية إلينا مسلمة[7]، فإن تزوجت[8] جاز إلا أن تكون حاملا، وهذا كله عند أبى حنيفة، وقالا: عليها وعلى الذميّة العدة. أما الذمية: فالاختلاف فيها نظير الاختلاف فى نكاحهم محارمهم[9]، وقد بيناه فى كتاب النكاح[10]. وقول أبى حنيفة فيما إذا كان معتقدهم: إنه لا عدة عليها، وأما المهاجرة فوجه قولهما: إن الفرقة لو وقعت بسبب آخر[11] وجبت العدة، فكذا

=طلقها بعد الدخول فى النكاح الثانى، فيجب عليه مهر كامل، وعليها عدة مستقلة. (عناية)

(١) فناب قبض حالة الغصب مناب القبض المستحق بالبيع.

(٢) أى الطلاق بعد التزوج الثانى.

(٣) الثانى.

(٤) لعدم الوطئ.

(٥) قوله: "ما قلنا" إشارة إلى قوله: وإكمال العدة الأولى، وإلى قوله: ولهما أنها مقبوضة فى يده إلخ. (ع)

(٦) أى فلا عدة عليها.

(٧) قوله: "مسلمة" والإسلام ليس بشرط فى عدم وجوب العدة، بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة أى المغاضبة، وعلى نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبدا، ذكره التمرتاشى.

وقال: خرج أحد الزوجين إلينا مسلما، أو ذميا، أو مستأمنا، ثم أسلم، أو صار ذميا، والآخر على حزبه ثمه، فقد زالت الزوجية.(عينى)

(٨) أى هذه الجائية إلينا.

(٩) قوله: "فى نكاحهم محارمهم" يعنى كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده، إذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم، كذلك الذمية المطلقة لا عدة لها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك. (ع)

(١٠) فى باب نكاح أهل الشرك. (ع)

(١١) كالطلاق.

بسبب التباين[١]، بخلاف[٢] ما ذا هاجر الرجل[٣]، وتركها[٤] لعدم التبليغ[٥]. وله قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن[٦]﴾، ولأن العدة حيث وجبت، كان فيها حق بنى آدم[٧]، والحربىّ ملحق بالجماد، حتى كان محلا للتملك إلا أن تكون حاملا[٨]؛ لأن فى بطنها ولداً ثابت النسب. وعن أبى حنيفة[٩] أنه يجوز نكاحها[١٠]، ولا يطأها[١١] كالحبلى من الزنا، والأول[١٢] أصحّ.

---

(١) أى تباين الدارين.

(٢) أى ليس لها العدة.

(٣) إلينا.

(٤) فى دار الحرب.

(٥) أى تبليغ أحكام الشرع إليها.

(٦) قوله: "لا جناح عليكم إلخ" نفى الجناح فى نكاح المهاجرات مطلقا، فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص. (عناية)

(٧) قوله: "كان فيها حق بنى آدم" لأنها تجب صيانة لماء محترم، ولهذا لا تجب قبل الدخول، ولا حق للحربى؛ لأنه ملحق إلخ. (عناية)

(٨) قوله: "إلا أن تكون حاملا" استثناء من قوله: والحربى ملحق بالجماد معنى؛ لأن معناه والحربى لا حق له، إلا أن تكون امرأته حاملا؛ لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب، والحمل الثابت النسب يكون أمنع من احتماله، ألا يرى أن أم الولد إذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها، وإذا كانت حائلا جاز له ذلك، وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب، كان الفراش قائماً، فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين، ولا كذلك إذا لم يكن.

ولقائل أن يقول قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل، فتقييده بالحائل زيادة على النص، فلا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة.

فالجواب أن قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من كان يؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره» مشهور تلقته الأمة بالقبول، فيجوزبه الزيادة، بخلاف العدة فإنه ليس فيها مثله. (عناية)

(٩) برواية الحسن.

(١٠) قوله: أنه [أى نكاح الحربية الجائية إلينا مسلمة حال كونها حاملة] يجوز إلخ" فإنه لا حرمة لماء الحربى كماء الزنا. (عينى)

(١١) الزوج.

(١٢) قوله: "والأول" أى أنه لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد، بخلاف الحبلى من

فصل [١]

قال[٢]: وعلى المبتوتة[٣]، والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحِدادُ[٤]، أما المتوفى عنها زوجها، فلقوله عليه السلام[٥]: «لا يحل لامرأةٍ[٦] تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ[٧] على ميتٍ فوق ثلاثة أيامٍ إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»*.

وأما المبتوتة[٨] فمذهبنا، وقال الشافعي: لا حداد عليها؛ لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها[٩] إلى مماته، وقد أوحشها[١٠] بالإبانة، فلا تأسف بفوته[١١].

الزنا؛ لأنه لا نسب له. (عناية)

(١) قوله: فصل لما ذكر نفس وجوب العدة، وكيفية الوجوب، وعلى من تجب، وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه، وما لا يجب. (عناية)

(٢) أي القدوري في مختصره. (عيني)

(٣) قوله: "وعلى المبتوتة" المراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة، وهي تقع على ثلاث: المختلعة، والمطلقة ثلاثًا، والمطلقة تطليقة بائنة. (عناية)

(٤) هي ترك زينتها، وخضابها بعد وفاة زوجها. (عناية)

(٥) أخرجه الجماعة إلا الترمذي. (عيني)

(٦) قوله: "لا يحل إلخ" نفي لإحلال الإحداد، ونفي إحلال الإحداد نفي الإحداد نفسه، فحينئذٍ كان في المستثنى إثبات الإحداد لا محالة، فكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفي عنها زوجها، فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً، فكان حينئذٍ إخباراً بإحداد المتوفى عنها زوجها، فكان واجباً؛ لأن إخبار الشارع آكد من الأمر. (ع)

(٧) أحدّ، وحدّ بمعنى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٥ ص٧٩. (نعيم)

(٨) أي أما وجوب الإحداد على المبتوتة فمذهبنا.(عناية)

(٩) الامرأة.

(١٠) في المبتوتة.

ولنا ما روى أنّ النبى ﷺ نهى المعتدة[1] أن تختضب بالحناءِ، وقال: «الحناء طيب»*، ولأنه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها[2]، وكفاية مؤنها[3]، والإبانةُ أقطع لها من الموت[4]، حتى كان لها أن تغسله[5] ميتا قبل الإبانة لا بعدها[6].

والحداد ويقال: الإحداد وهما لغتان أن تترك الطيبَ والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذرٍ.

وفى "الجامع الصغير"[7]: إلا من وجع، والمعنى فيه[8] وجهان: أحدهما: ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثانى: أن هذه الأشياء دواعى الرغبة[9] فيها، وهى ممنوعة[10] عن النكاح[11] فتجتنبها؛ كَيْ لا تصير

(١١) أى بفوت الزوج الموحش.

(١) قوله: "نهى المعتدة" أعم من أن تكون معتدة الوفاة، أو معتدة الطلاق، وتمام الحديث: «الحناء طيب»، فالحديث حديث واحد أخرجه البيهقى فى "كتاب المعرفة" فى الحج عن خولة بنت حكيم عن أمها أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «لا تطيبى وأنت محرمة ولا تمسى الحناء فإنه طيب». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦١، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٦ ص٧٩. (نعيم)

(٢) أى لصون المرأة عن ارتكاب ما لا يجوز.

(٣) قوله: "وكفاية مؤنها" وهو جمع مؤنة من نفقتها وكسوتها. (عينى)

(٤) قوله: "أقطع لها إلخ" لأن حكم النكاح باقٍ بعد الوفاة إلى أن تنقضى العدة. (عينى)

(٥) الزوج.

(٦) لأنه لا يبقى النكاح بعد الإبانة أصلا.

(٧) قوله: "وفى الجامع الصغير إلخ" أتى بلفظ "الجامع الصغير"؛ لأن لفظه يخالف لفظ القدورى، وفى الوجع إشارة إلى العذر، وهو التداوى لا الزينة. (ع)

(٨) أى فى إيجاب ترك الزينة والطيب.

(٩) قوله: "دواعى إلخ" لأن المرأة إذا كانت متزينة متطيبة، يزيد رغبة الرجل فيها. (عناية)

(١٠) فى العدة.

(١١) ما دامت فى عدة الوفاة، أو الطلاق. (عناية)

ذريعة إلى الوقوع في المحرَّم[١]، وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن* للمعتدة في الاكتحال[٢]، والدهن لا يَعرى عن نوع طيب[٣]، وفيه زينة الشعر، ولهذا يُمنع المحرم عنه. قال[٤]: إلا من عذر؛ لأن فيه ضرورة[٥]، والمراد الدواء[٦] لا الزينة، ولو اعتادت الدّهن، فخافت[٧] وجعًا[٨]، فإن كان ذلك[٩] أمرًا ظاهرًا[١٠] يباح لها؛ لأن الغالب كالواقع، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر[١١] لا بأس به. ولا تختضب بالحناء؛ لما روينا[١٢]، ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا بعصفر، ولا بزعفران؛ لأنه يفوح منه رائحة الطيب. قال[١٣]: ولا حِداد على كافرة؛ لأنها غير مخاطبة بحقوق

(١) أي النكاح. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦١، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٨ ص٨٠. (نعيم)

(٢) الأئمة الستة قد أخرجوه. (عيني)

(٣) قوله: "والدهن إلخ" أشار بها إلى أن الدهن ممنوع مطلقًا؛ لأنه في ذاته لا يعرى عن نوع طيب، وإن لم يبقَ فيه الطيب، ولهذا قال: عن نوع طيب، وفيه زينة الشعر؛ لأنه يحسنه، ويزيد فيه بهجة، ولهذا، أي لأجل كونه زينة للشعر يمنع المحرم عنه، فلا يجوز إستعماله. (عيني)

(٤) القدوري.

(٥) قوله: "لأن فيه [العذر] ضرورة" فحينئذٍ يجوز الادهان والاكتحال، لا على وجه الزينة، كما إذا كان بها صداع، فدهنت رأسها، واشتكت عينها فاكتحلت. (عيني)

(٦) قوله: "والمراد الدواء" يعني ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة. (عناية)

(٧) بترك الدهن.

(٨) في الرأس، أو في عضو آخر.

(٩) أي خوف الوجع.

(١٠) غالبًا.

(١١) نحو الحكة والقمل ونحوهما. (عيني)

(١٢) إشارة إلى قوله ﷺ: «الحناء طيب». (عناية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

الشرع[1]، ولا على صغيرة؛ لأن الخطاب موضوع عنها، وعلى الأمة الإحداد؛ لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى، بخلاف المنع[2] من الخروج[3]؛ لأن فيه إبطال حقه[4]، وحق العبد مقدم لحاجته. قال[5]: وليس في عدة أم الولد، ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد؛ لأنها[6] ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف، والإباحةُ أصل[7]، ولا ينبغي[8] أن تخطب[9] المعتدة، ولا بأس بالتعريض في الخطبة[10]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرّضتم به من خطبة النساء﴾[11] إلى أن قال: ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً[12] إلا أن تقولوا

---

(١) قوله: "بحقوق الشرع" والحداد من حقوقه، أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر». (عناية)

(٢) في العدة.

(٣) من البيت.

(٤) أي حق المولى من الاستخدام ونحوه.

(٥) أي القدوري.

(٦) أي لأن كل واحدة منهما.

(٧) قوله: "والإباحة أصل إلخ" أي الأصل هو الإباحة في الزينة لا سيما في النساء، قال الله تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾. (عناية)

(٨) قوله: "ولا ينبغي إلخ" لقوله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾. (عناية)

(٩) الخطبة التزوج ونكاح المعتدات لا يجوز. (عيني)

(١٠) قوله: "ولا بأس بالتعريض إلخ" وذلك مثل أن يقول: إنك لجميلة، وإنك لشابة، وإن النساء لمن حاجتي، وما أشبه ذلك من الإشارة دون التصريح بالنكاح، فإنه لا يجوز أن يقول: صريحًا، أريد أن أنكحك، أو أتزوجك، أو أخطبك؛ لأن الخطبة التزوج، والتعريض أن يذكر شيئًا يدل على شيء لم يذكره. (عيني)

(١١) قوله: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ في عدتهن من غير تصريح، ﴿أو أكننتم في أنفسكم﴾ أي سترتم في قلوبكم، فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين، ﴿علم الله أنكم ستذكرونهن﴾ فاذكروهن ﴿ولكن لا تواعدوهن سرا﴾ أي وطئا؛ لأنه مما يسر ﴿إلا أن تقولوا قولا معروفًا﴾، وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا، والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن، أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا

قولا معروفا﴾، قال عليه السلام[1]: «السرّ النكاح»*.

وقال ابن عباس[2]: التعريض أن يقول: إني أريد أن أتزوج**، وعن سعيد بن جبير[3] في القول المعروف: إني فيك لراغب، وإني أريد أن تجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية[4]، والمبتوتةِ الخروجُ من بيتها[5] ليلا ولا نهاراً، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل، ولا تبيت في غير منزلها. أما المطلقة فلقوله تعالى: ﴿ولا تخرجوهن[6] من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبيّنة﴾، قيل[7]: الفاحشة[8] نفس الخروج[9]، وقيل[10]: الزنا، ويخرجن لإقامة

مواعدة معروفة، كذا في "الكشاف" (ع)

(١٢) قوله: "سراً" أخرج ابن المنذر، وابن جرير، وابن أبي حاتم عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿لا تواعدوهن سراً﴾ قال: لا يقول: إني عاشق.

وأخرج ابن جرير عنه قال: السر الزنا كان الرجل يدخل من أجل الزنا، وهو يعرض بالنكاح، وأخرج الطيبي في مسائله عنه أن نافع بن الأزرق سأله عن السر، قال: الجماع. (در منثور)

(١) هذا غريب.

* راجع نصب الراية جـ٣ ص٢٦٢، والدراية جـ٢، الحديث ٥٩٧ ص٧٩. (نعيم)

(٢) قوله: "وقال ابن عباس إلخ" أخرجه البخاري عن مجاهد عن ابن عباس: "لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول: إني أريد التزوج، ولوددت أن يتيسر لي امرأة صالحة". (عيني)

** راجع نصب الراية جـ٣ ص٢٦٢، والدراية جـ٢، الحديث ٥٩٩ ص٨٠. (نعيم)

(٣) أخرجه البيهقي عنه.

(٤) قوله: "ولا يجوز إلخ" إلا إذا اضطرت، نحو إن خافت سقوطه، أو يغار فيه على نفسها، أو مالها، أو أخرجها أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراء، أو كان زوجها غائبًا، أو لا يقدر على الأجرة. (عناية)

(٥) أي من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة.

(٦) الخطاب إلى الأزواج.

(٧) القائل: إبراهيم النخعي.

(٨) بيان للاختلاف في تفسير الفاحشة.

(٩) قوله: "نفس الخروج" فيكون معناها إلا أن يكون خروجها فاحشة، كما يقال: لا يسب النبي إلا

الحد[١] . وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقةَ لها، فتحتاج إلى الخروج نهارًا لطلب المعاش، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل[٢]، ولا كذلك المطلقة؛ لأن النفقة دَارَّة عليها من مال زوجها، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل: إنها تخرج نهاراً[٣]، وقيل: لا تخرج؛ لأنها أسقطت حقها[٤]، فلا يبطل به حقّ عليها[٥].

وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تُخرجوهن من بيوتهن[٦]﴾، والبيتُ المضاف إليها هو البيت الذى تسكنُه[٧]، ولهذا[٨] لو زارت أهلَها، وطلّقها زوجُها كان عليها أن تَعود إلى منزلها، فتعتد فيه، وقال عليه السّلام[٩] للتى قُتل زوجها[١٠]: «اسكنى[١١] فى بيتك حتى يبلغ الكتابُ أجلَه»*.

كافر، ولا يزنى أحد إلا أن يكون فاسقًا. (عناية)

(١٠) القائل: ابن مسعود.

(١) عليهن.

(٢) أى يدخل الليل.

(٣) لطلب المعاش.

(٤) أى نفقة العدة.

(٥) أى بإسقاط حقها.

(٦) قوله: "من بيوتهن" نسب البيوت إليهن بحق السكنى، وإنما البيوت للأزواج. (عينى)

(٧) قوله: "تسكنه" والسكنى عام يشمل البيت المملوك والمستأجر جميعًا. (عينى)

(٨) قوله: "ولهذا" أى ولأجل وجوب اعتداده فى المنزل الذى يضاف إليهن بالسكنى. (عينى)

(٩) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن زينب بنت كعب. (عينى)

(١٠) قوله: "للتى قتل إلخ" وهى فريعة بنت مالك بن سنان، أخت أبى سعيد الخدرى، خرج زوجها فى طلب أعبد له أبقوا، فلحقهم فقتلوه.

(١١) يعنى لا تخرجى حتى تنقضى عدتك.(عينى)

وإن كان نصيبها[١] من دار الميت لا يكفيها، فأخرجها[٢] الورثةُ من نصيبهم انتقلت؛ لأن هذا انتقال بعذر، والعبادات تؤثّر فيها الأعذار، فصار[٣] كما إذا خافت على متاعها[٤]، أو خافت[٥] سقوطَ المنزل، أو كانت فيها بأجرٍ، ولا تجد ما تؤدّيه. ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن، أو ثلاث لا بد من سترة بينهما[٦]، ثم لا بأس[٧]؛ لأنه[٨] معترفٌ بالحرمة[٩] إلا أن يكون فاسقًا يُخاف عليها منه، فحينئذٍ تخرج؛ لأنه عذرٌ، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها[١٠].

وإن جعلا بينهما[١١] امرأةً ثقةً تقدر على الحيلولة فحسن، وإن ضاق عليهما المنزل، فلتخرجْ[١٢]، والأولى خروجه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٠ ص٨٠. (نعيم)

(١) المعتدة.

(٢) أي لم يرضوا بسكناها.

(٣) فتنتقل.

(٤) قوله: "كما إذا خافت على متاعها" أي في ذلك المنزل من سرقة، أو نهب. (عيني)

(٥) عليها.

(٦) أي بين الرجل والمرأة.

(٧) قوله: "ثم لا بأس" أي بعد وجود السترة لا بأس أن يسكنها في بيت واحد. (عيني)

(٨) أي لأن الرجل.

(٩) فيجتنب الحرام.

(١٠) قوله: "والأولى أن يخرج [الزوج] هو إلخ" لأن مكثها في منزل الزوج واجب، ومكثه فيه مباح، ورعاية الواجب أولى. (عناية)

(١١) الزوجان.

(١٢) قوله: "فلتخرج [الزوجة] إلخ" يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار، فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل إليه، بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت بعذر، فإن التعيين إليها لاستبدادها في أمر السكنى. (عناية)

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة، فطلّقها ثلاثًا، أو مات عنها في غير مصرٍ، فإن كان بينها[١] وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام، رجعت إلى مصرها؛ لأنه[٢] ليس بابتداء الخروج معنى[٣]، بل هو بناء.

وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام[٤] إن شاءت رجعت[٥]، وإن شاءت مضَت[٦] سواء كان معها ولىّ، أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا؛ لأن المكث فى ذلك المكان أخوف عليها[٧] من الخروج إلا أن الرجوع أولى[٨]؛ ليكون الاعتداد فى منزل الزوج. قال[٩]: إلا أن يكون طلّقها[١٠]، أو مات عنها زوجها فى مصر[١١]، فإنها لا تخرج[١٢] حتى

(١) المرأة.

(٢) الرجوع.

(٣) قوله: "لأنه [الرجوع] ليس بابتداء الخروج معنى" أى من حيث المعنى؛ لأن خروج المعتدة ما دون السفر مباح، بل هو بناء أى على الخروج الأول. (عينى)

(٤) أى بينها وبين مصرها.

(٥) إلى مصرها.

(٦) إلى المقصد.

(٧) قوله: "أخوف عليها" لأن وضع المسألة فى الخروج إلى مكة، وغالب طريقها مفازة ومعطش، فلا بد من الخروج. (ع)

(٨) قوله: "إلا أن الرجوع [إلى المصر] إلخ" وإن كان إلى المقصد أقل من ثلاثة أيام مضت إلى مقصدها؛ لأنها إذا مضت لا يكون مشيه سفراً، ولا سائرة فى العدة مدة السفر، وإن رجعت كان مشيه سفراً، فلهذا مضت إلى مقصدها. ولم يذكر المصنف فى الكتاب هذا الشق اعتماداً على أن يفهم من الشق الأولى؛ لأنه إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار، فإذا كان أحدهما أقل تعين. (عناية)

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) قوله: "إلا أن يكون إلخ" استثناء من قوله: إن شاءت رجعت، وإن شاءت مضت يعنى أن ليس لها الخيار فى ذلك إذا كانت المفارقة فى مصر. (عناية)

(١١) أى فى السفر فى مصر.

(١٢) من ذلك المصر.

تعتد، ثم تخرُج إن كان لها محرم، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد. لهما أن نفس الخروج مباح؛ دفعًا لأذى الغربة ووحشة الوحدة، وهذا عذر[1]، وإنما الحرمة للسفر، وقد ارتفعت بالمحرم.

وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم، فإن للمرأة أن تخرُج إلى ما دون السفر بغير محرم، وليس للمعتدة ذلك[2]، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم، ففي العدة أولى[3].

باب ثبوت النسب[4]

ومن قال: إن تزوجتُ فلانة، فهي طالق، فتزوّجها فولدت ولدًا لستة أشهر من يوم تزوجها[5]، فهو ابنُه، وعليه المهر. أما النسب: فلأنها فراشُه؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح، فقد جاءت به لأقل منها[6] من وقت الطلاق، فكان العلوق قبله في حالة النكاح، والتصور ثابت[7] بأن تزوّجها، وهو[8] يخالطها، فوافق الإنزالُ النكاحَ،

(١) قوله: "وهذا عذر" إشارة إلى نكتة أخرى، هي أن التربص على المعتدة في منزلها، إن كان واجبًا، لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره، وأذى الغربة، ووحشة الوحدة عذر، فيجوز لها الانتقال؛ نظرًا إلى وجود المقتضى وانتفاء المانع، وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم. (ع)

(٢) أي الخروج إلى ما دون السفر.

(٣) بأن يحرم. (عيني)

(٤) قوله: "باب ثبوت النسب" لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر وأولات الأحمال، ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأحمال، وهو ثبوت النسب. (عيني)

(٥) قوله: "من يوم تزوجها" أي من وقت تزوجها؛ لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد، فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة، ولا نقصان. (عناية)

(٦) قوله: "فقد جاءت به [الولد] لأقل منها إلخ" لأن الطلاق مشروط بالنكاح، والمشروط يعقب الشرط بزمان، وإن لطف. (عناية)

(٧) قوله: "والتصور" أي فإن قيل: هذا نكاح لا يتصور فيه الوطئ والإعلاق؛ لأنه لما تزوج وقع الطلاق،

والنسب يحتاط في إثباته، وأما المهر: فلأنه لمّا ثبت النسب منه جُعل واطئًا حكمًا، فتأكد المهر به. قال: ويثبت نسب ولد المطلّقة الرجعية إذا جاءت به[١] لسنتين، أو أكثر[٢] ما لم تُقر بانقضاء عدتها؛ لاحتمال العلوق في حالة العدة[٣]؛ لجواز أنها[٤] تكون ممتدة الطهر.

وإن جاءت به[٥] لأقل من سنتين[٦]، بانت من زوجها بانقضاء العدة[٧]، وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح، أو في العدة[٨]، ولا يصير[٩] مراجعًا؛ لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده، فلا يصير[١٠] مراجعًا بالشك.

وبدون ذلك لا يثبت النسب، ألا يرى أن نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لايثبت كذلك.أجاب بقوله: والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها، وهو على بطنها يخالطها، والناس يسمعون كلامها، فيكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بعد تمام الشرط، وزوال الفراش حكم الطلاق، فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة، فيثبت النسب.فإن قيل:هذا في غاية الندرة، فكيف يبتنى عليه الحكم، أجاب بقوله:والنسب يحتاط في إثباته يعني وإن كان نادرًا لكن النسب يحتاط في إثباته، فيجب بناءه على هذا النادر.(ع)

(٨) الواو حالية.

(١) الولد

(٢) من وقت الطلاق.

(٣) قوله: "لاحتمال العلوق [فإن الوطئ حلال؛ لكونها رجعية] إلخ" فكان وطئه اللازم من ثبوت النسب الواقع في العدة رجعة عليها. (عيني)

(٤) پس عدت او دراز خواهد شد بنا بر درازى طهر. (ترجمة)

(٥) الولد.

(٦) من وقت الطلاق.

(٧) بوضع الحمل.

(٨) قوله: "لوجود العلوق في النكاح، أو في العدة" أي احتمال ست كه علوق پيش از طلاق باشد در حالت نكاح ونيز احتمال است كه بعد از طلاق باشد در اثنائے عدت. (ترجمة)

(٩) الزوج.

(١٠) الزوج.

وإن جاءت لأكثر من سنتين كانت رجعة؛ لأن العلوقَ بعد الطلاق(١)، والظاهر أنه(٢) منه(٣) لانتفاء الزنا منها، فيصير بالوطئ مراجعًا. والمبتوتة يثبت نسب ولدها(٤) إذا جاءت به(٥) لأقلّ من سنتين(٦)؛ لأنه يَحتمل أن يكون الولد قائمًا وقت الطلاق، فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق، فيثبت النَسب احتياطًا.

وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت(٧)؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق(٨)، فلا يكون منه(٩)؛ لأن وطئها حرام إلا أن يدّعيه(١٠)؛ لأنه التزَمه(١١)، وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة.

(١) قوله: "لأن العلوق بعد الطلاق" إذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين، والظاهر أنه منه، وإلا لزم الزنا، وهو منتفٍ حملا لحالها على الصلاح.

قيل: لا يلزم أنه لو لم يكن منه، كان من الزنا؛ لجواز أنها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجًا آخر.

والصواب في الجواب: أن المرد بقوله: لانتفاء الزنا منها لازمه، وهو تضييع الولد، فإن الزنا ملزوم لتضييع الولد، فيكون ذكر الملزوم وإرادة اللازم، وهو مجاز، وحينئذٍ يندفع السؤال؛ لأنا إن جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول، بقي الولد ضائعًا، فكأنه قال: لانتفاء التضييع منهما بالزنا، أو بما في معناه فيه. (عناية)

(٢) العلوق.

(٣) الزوج.

(٤) من الزوج.

(٥) الولد.

(٦) من وقت الفرقة.

(٧) النسب منه.

(٨) قوله: "حادث بعد الطلاق" وإلا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين، وهو باطل. (عناية)

(٩) الزوج.

(١٠) قوله: "إلا أن يدعيه" استثناء من قوله: لم يثبت يعني أنه إذا ادعاه يثبت النسب منه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين، ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة، فيه روايتان. (عناية)

(١١) قوله: "لأنه التزمه" أي التزم النسب عند دعواه، وله وجه شرعي بأن وطئها بشبهة في العدة، والنسب يحتاط في إثباته فيثبت. (عناية)

فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامَعُ مثله، فجاءت بولد لتسعة أشهر[١]، لم يلزمه[٢] حتى تأتي به[٣] لأقلّ من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يثبت النسب منه إلى سنتين[٤]؛ لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا[٥]، ولم تقرّ بانقضاء العدة[٦]، فأشبهت الكبيرة. ولهما أن لانقضاء عدتها جهة معيّنة[٧]، وهو الأشهر، فبمضيها يحكم الشرع[٨] بالانقضاء، وهو[٩] في الدلالة فوق إقرارها؛ لأنه[١٠] لا يحتمل الخلاف، والإقرار يَحتمله[١١]، وإن كانت[١٢] مطلّقةً طلاقًا رجعيًا، فكذلك الجواب عندهما[١٣]. وعنده[١٤] يثبت[١٥] إلى سبعة وعشرين شهراً[١٦]؛ لأنه يُجعل

(١) من وقت الطلاق. (عيني)

(٢) أي النسب.

(٣) الولد.

(٤) من وقت الطلاق.

(٥) قوله: "يحتمل إلخ" وبيان الاحتمال ما قيل: إن الكلام في المراهقة المدخول بها، وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة، فتحمل أن تكون حاملا وقت الطلاق، فيكونُ انقضاء عدتها بوضع الحمل، ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر، وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء عدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين. (عناية)

(٦) قوله: "ولم تقر إلخ" إنما قال: ولم تقر بانقضاء العدة؛ لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها، فصارت كأنها لم تقر بانقضائها، فيثبت النسب. (عناية)

(٧) قوله: "جهة معينة" لأنا عرفناها صغيرة بيقين، وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال. (عناية)

(٨) أقرت بالانقضاء، أو لم تقر.

(٩) أي حكم الشرع.

(١٠) أي حكم الشرع.

(١١) قوله: "والإقرار يحتمله" فلو أقرت بانقضاء العدة، ثم ولدت لستة أشهر، لم يثبت النسب، فكذا إذا حكم الشرع بالمضي. (عناية)

(١٢) الصغيرة.

(١٣) قوله: "فكذلك الجواب عندهما" أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يعني إن ولدت لأقل

واطئًا في آخر العدة[١]، وهي الثلاثة الأشهر، ثم تأتي به[٢] لأكثر مدة الحمل، وهو سنتان، وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة، فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء؛ لأن بإقرارها يحكم ببلوغها[٣].

ويثبت[٤] نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين، وقال زفر: إذا جاءت به[٥] بعد انقضاء عدة الوفاة[٦] لستة أشهر، لا يثبت النسب؛ لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور[٧]؛ لتعين الجهة، فصار كما إذا أقرّت بالانقضاء، كما بينا في الصغيرة[٨] إلا أنا نقول[٩]

من تسعة أشهر، يثبت النسب، وإلا فلا. (ع)

(١٤) أبي يوسف.

(١٥) النسب.

(١٦) من وقت الطلاق.

(١) فإن الوطئ حلال لكون الطلاق رجعيًا.

(٢) الولد.

(٣) قوله: "يحكم ببلوغها" فإنها أعرف بأمر عدتها، فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في الطلاق البائن، ولأقل من سبعة وعشرين شهرًا في الرجعي. (عيني)

(٤) قوله: ويثبت" هذا إذا لم يكن المتوفي عنها زوجها صغيرة؛ لأن نسب ولدها يثبت إذا ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام، وإذا ولدت لأكثر من ذلك، لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف. (عيني)

(٥) الولد.

(٦) أربعة أشهر وعشرًا.

(٧) قوله: "حكم بانقضاء إلخ" لأنه لما لم يكن الحبل ظاهرًا، فقد حكم الشرع بالانقضاء بمضي أربعة أشهر وعشر، وذلك أقوى من إقرارها، فصار كما إذا أقرت بالانقضاء، ثم بعد انقضاء العدة إذا ولدت لأقل من ستة أشهر، يثبت النسب؛ لأنا تيقنا بوجود الحبل قبل انقضاء العدة، وإذا ولدت لأكثر من ذلك، فلاحتمال حدوث الحبل، فلا يثبت بالشك. (عيني)

(٨) قوله: "كما بينا في الصغيرة" أشار به إلى قوله: لأن لانقضاء عدتها جهة معينة. (عيني)

(٩) قوله: "إلا أنا نقول إلخ" حاصله أن في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل، ولكن

لانقضاء عدتها جهة أخرى: وهو وضع الحمل، بخلاف الصغيرة؛ لأن الأصل فيها عدم الحمل؛ لأنها ليست بمحل قبل البلوغ، وفيه[١] شك.

وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، يثبت نسبه؛ لأنه ظهر كذبها بيقين، فبطل الإقرار، وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت؛ لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث[٢] بعده[٣]، وهذا اللفظ[٤] بإطلاقه يتناول كل معتدة.

وإذا ولدت المعتدة[٥] ولدا[٦] لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان، أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر، أو اعترف[٧] من قِبَل الزوج، فيثبت النَسب من غير شهادة. وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة[٨]؛ لأن الفراش قائم بقيام العدة، وهو[٩] ملزم للنسب[١٠]، والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها،

الأصل في الموضعين قد اختلف، فكذلك اختلف الحكم الذي يبنى عليه أيضًا، وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإحبال، فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالأشهر، والأصل في الصغيرة عدم الإحبال، فلذلك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالأشهر. لا يقال: الأصل في الكبيرة أيضًا عدم الإحبال؛ لأنا نقول: ذلك في حق غير المنكوحة، فأما النكاح: فلا يعقد إلا للإحبال. (عناية)

(١) قوله: "وفيه" أي في البلوغ شك، والصغر كان ثابتًا بيقين، فلا يزول بالشك. (عناية)

(٢) أي حدوث الحبل.

(٣) الإقرار.

(٤) قوله: "وهذا اللفظ" إشارة إلى قوله: فإذا اعترفت المعتدة بإطلاقه حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى، يتناول كل معتدة يعني سواء كانت معتدة من طلاق رجعي، أو بائن بالأشهر، أو بالحيض. (عناية)

(٥) عن طلاق بائن، أو رجعي.

(٦) وقد أنكر الزوج الولادة.

(٧) بالحمل.

(٨) وهي القابلة.

(٩) أي قيام الفراش.

فيتعين[١] بشهادتها[٢]، كما في حال قيام النكاح[٣].

ولأبي حنيفة: أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل[٤]، والمنقضي ليس بحجةٍ، فمسّت الحاجة إلى إثبات النسب[٥] ابتداء، فيُشترط كمال الحجة[٦]، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبلُ، أو صدر الاعتراف من الزوج؛ لأن النسب ثابت قبل الولادة[٧]، والتعين يثبت بشهادتها[٨].

فإن كانت معتدة عن وفاة[٩]، فصدّقها الورثة في الولادة[١٠]، ولم يَشهد على الولادة أحدٌ، فهو ابنه[١١] في قولهم جميعًا، وهذا[١٢] في حق الإرث ظاهر؛ لأنه خالص حقهم، فيقبل فيه تصديقهم.

---

(١٠) فلا حاجة إلى إثباته. (عناية)

(١) الولد.

(٢) أي امرأة واحدة.

(٣) فإنها إذا ولدت حال قيام الكاح، يثبت نسب الولد، كذا في المعتدة.

(٤) قوله: "أن العدة إلخ" يعني سلمنا أن الفراش يكون قائمًا بقيام العدة، ولكن العدة ههنا ليست بقائمة؛ لأنها تنقضي إلخ. (عناية)

(٥) بالقضاء.

(٦) قوله: "فيشترط إلخ" قيل: لا يحل نظر الرجل إلى العورة، فما وجه اشتراط شهادة الرجال. وأجيب بأن النظر لا يلزم، بل إذا دخلت بيتًا بين الشهود، وهم يعلمون أن ليس فيه غيرها، ثم خرجت مع الولد، كفى لجواز أداء الشهادة. (ع)

(٧) قوله: "ثابت قبل الولادة" فلا يحتاج إلى إثبات النسب، وإنما الحاجة إلى التعيين، وذلك يثبت بشهادتها. (عناية)

(٨) امرأة واحدة.

(٩) وولدت قبل تمام سنتين ولدًا.

(١٠) أي جميع الورثة، أو جماعة منهم. (عناية)

(١١) الميت.

(١٢) ثبوت البنوة.

أمـا في حق النسب : هل يثبت[١] في حق غيـرهم[٢]؟ قـالوا : إذا كانوا[٣] من أهل الشهادة[٤] يثبت[٥] ؛ لقيام الحجة ، ولهذا[٦] قيل : تشترط لفظة الشهادة . وقيل : لا تشترط ؛ لأن الثبوت في حق غيرهم[٧] تبع للثبوت في حقّهم بإقرارهم[٨] ، وما ثبت تبعا لا يراعَى فيه الشرائط .

وإذا تزوج الرجل امرأة ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها ، لم يثبت نسبه ؛ لأن العلوقَ سابق على النكاح ، فلا يكون منه[٩] .

وإن جاءت بـه لستة أشهر فصاعدا ، يثبت نسبه منه اعترف به الزوج ، أو سكت ؛ لأن الفراش قائم والمدة تامة . فإن جحد[١٠] الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، حتى لو نفاه[١١] الزوج[١٢] يلاعن ؛ لأن النسب يثبت بالفراش القائم ، واللعان إنما يجب بالقذف[١٣] ، وليس من ضرورته

(١) النسب.

(٢) قوله: "في حق غيرهم" أي غير المصدقين، وهم المنكرون من الورثة وغيرهم. (عيني)

(٣) المصدقون.

(٤) بأن كانوا ذكورًا، أو إناثًا، وهم عدول.(عيني)

(٥)قوله: "يثبت" أي يثبت النسب في حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين أيضًا في الإرث، ويطلب غريم الميت بدينه. (عيني)

(٦) أي لاشتراط كونهم من أهل الشهادة.

(٧) أي المصدقين.

(٨) المصدقين.

(٩) من الزوج.

(١٠) الزوج.

(١١) الولد.

(١٢) أي قال: ليس مني.

(١٣) قوله: "واللعان إلخ" جواب عما يقال: اللعان ههنا إنما يجب بنفي الولد، والولد يثبت بشهادة القابلة،

وجودُ الولد، فإنه يصح بدونه[١].

فإن ولدت، ثم اختلفا[٢]، فقال الزوج: تزوجتكِ منذ أربعة[٣]، وقالت: هى منذ ستة أشهر، فالقول قولها وهو ابنه؛ لأن الظاهر شاهد لها[٤]، فإنها تلد ظاهرا من نكاح، لا من سفاح[٥]، و لم يذكر[٦] الاستحلاف، وهو على الاختلاف. وإن قال لامرأته: إذا ولدتِ ولدا، فأنتِ طالق فشهدت امرأة[٧] على الولادة، لم تطلق عند أبى حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق؛ لأن شهادتها[٨] حجة[٩] فى ذلك[١٠]، قال عليه السلام[١١]: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال

فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة، وهى لا تجوز؛ لأن اللعان فى معنى الحد، والحد لا يثبت بشهادة النساء.

ووجهه أن اللعان يجب بالقذف، والقذف موجود؛ لأن قوله: ليس منى قذف لها بالزنا معنى، والقذف لا يستلزم وجود الولد، فإنه يصح بدونه، فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة. (عناية)

(١) الولد.

(٢) الزوجان.

(٣) أشهر.

(٤) قوله: "شاهد لها" اعترض بأن الظاهر شاهد له أيضًا؛ لأن النكاح حادث، والأصل فى الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات، وأجيب بأن النسب مما يحتاط فى إثباته، فإذا تعارض الظاهر أن فيه ترجح المثبت. (ع)

(٥) الزنا.

(٦) قوله: "ولم يذكر" أى محمد الاستحلاف، أى أن المرأة تستحلف أولا، وهو على الاختلاف المذكور فى الأشياء الستة، فتستحلف عندهما، خلافا لأبى حنيفة؛ لأن الاختلاف وقع فى النسب والنكاح. (عينى)

(٧) القابلة.

(٨) امرأة واحدة.

(٩) فلما ثبت الولادة، وقع الطلاق.

(١٠) أى فى باب الولادة.

(١١) قوله: "شهادة النساء إلخ" هذا حديث غريب، فلذلك لم يذكره أكثر الشراح، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن الزهرى قال: مضت السنة أن يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن. (عينى)

النظر إليه»*، ولأنها[٢] لما قُبلت في الولادة تُقبل فيما يتبنى[٣] عليها[٤]، وهو الطلاق. ولأبي حنيفة[٥]: أنها ادعت الحنث، فلا يثبت إلا بحجة تامة، وهذا لأن شهادتَهن[٦] ضرورية في حق الولادة، فلا تظهر في حقّ الطلاق؛ لأنه[٧] ينفك عنها. وإن كان الزوج[٨] قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة، وعندهما تشترط شهادة القابلة؛ لأنه لا بد من حجةٍ لدعواها الحنث[٩]، وشهادتُها حجة فيه[١٠] على ما بينا[١١]. وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يُفضي إليه[١٢]، وهو الولادة، ولأنه أقر[١٣] بكونها مؤتمنة، فيُقبل قولُها في ردّ الأمانة.

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٠١ ص٨٠. (نعيم)

(٢) أي شهادة الواحدة.

(٣) قوله: "فيما يبتنى إلخ" يعني أن الطلاق حكم متعلق بالولادة، وشهادة القابلة حجة في إثبات الولادة، فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا، وكم من شيء يثبت ضمنا لا يثبت قصدا. (ع)

(٤) الولادة.

(٥) قوله: "ولأبي حنيفة" أن دعواها ليست للطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة لشهادتها، وإنما دعواها حنثه في يمينه، والحنث ليس من ضرورات الولادة، فلا يثبت إلا بحجة كاملة سلمنا أن دعواها الطلاق، لكن لا يمكن إثباته بشهادتها ضمنا؛ لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها، فلا تظهر في حق الطلاق؛ لأنه ينفك عنها. ولقائل: أن يقول: كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة، والمعلق بشيء لازم من لوازمه، والولادة تثبت بشهادة امرأة، والشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه. (ع)

(٦) النساء.

(٧) الطلاق.

(٨) قوله: "وإن كان الزوج إلخ" يعني إذا أقر الزوج بالحبل، ثم علق طلاقها بالولادة، فقالت المرأة: ولدت، وكذبها الزوج، فإن الطلاق يقع عند أبي حنيفة، خلافًا لهما. (عناية)

(٩) أي حنثه في يمينه.

(١٠) أي في الحنث.

(١١) أي في المسألة الأولى.

(١٢) فلا حاجة إلى الشهادة.

(١٣) قوله: "ولأنه إلخ" أي لأن إقراره بحبلها إقرار بكونها مؤتمنة، والقول قول المؤتمن في دعوى ردّ

قال[١]: وأكثر مدة الحمل سنتان؛ لقوله عائشة[٢]: "الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، ولو بظل[٣] مِغْزَلٍ[٤]".

وأقله ستة أشهر[٥]؛ لقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾، ثم قال: ﴿وفصاله عامين﴾، فبقي للحمل ستة أشهر، والشافعي يقدر الأكثر[٦] بأربع سنين، والحجةُ عليه ما رويناه[٧]، والظاهر أنها[٨] قالته سماعًا إذ العقل لا يَهتدي إليه[٩].

ومن تزوج أمة، فطلّقها[١٠] ثم اشتراها، فإن جاءت بولدٍ لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه، وإلا لم يلزمه؛ لأنه[١١] في الوجه الأول[١٢]

الأمانة. (ع)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "لقول عائشة إلخ" أخرج الدارقطني عن عائشة قالت: لا يزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل. (عيني)

(٣) **قوله:** "ولو بظل مغزل" أي بقدر ظل مغزل حالة الدوران، والغرض تقليل المدة، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال. ورواية "المبسوط" و "الإيضاح"، وبعض نسخ الكتاب: ولو بفلكة مغزل أي ولو بدور فلكة مغزل، والمعنى هو ما في الرواية الأخرى، والظاهر أن عائشة رضى الله عنها قالته سماعا؛ لأن العقل لا يهتدى إلى معرفة المقادير. (ع)

(٤) قوله: "مغزل" مثلثة الميم دوك قال الفراء: هو من أغزل أي أدبر، فأصله الضم. (من)

(٥) قوله: "وأقله إلخ" إنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره؛ لكونه مختلفا فيه. (ع)

(٦) قوله: "يقدر الأكثر [أي أكثر مدة الحمل]" واحتج على ذلك بحكايات مثل أن محمد ابن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن أمه أربع سنين، وكذلك هرم بن حبان، فسمي هرما لذلك، والضحاك بن مزاحم هكذا، فسمي ضحاكا؛ لأنه ضحك حين ولد. (عناية)

(٧) أي عن عائشة.

(٨) عائشة.

(٩) أي إلى مقدار مدة ما في الرحم.

(١٠) بعد الدخول.

(١١) أي لأن الولد.

ولدُ المعتدة[١]، فإن العلوق سابق على الشراء[٢]، وفي الوجه الثاني[٣] ولد المملوكة؛ لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته[٤]، فلا بد من دعوة[٥]، وهذا إذا كان الطلاق واحداً بائنًا، أو خلعًا، أو رجعيًا.

أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق؛ لأنها حرمت[٦] عليه[٧] حرمة غليظة، فلا يُضاف العلوق إلا إلى ما قبله؛ لأنها[٨] لا تحل بالشراء[٩].

ومَن قال لأمته: إن كان في بطنكِ ولد، فهو مني، فشهدت على الولادة امرأة، فهي أم ولده[١٠]؛ لأن الحاجة إلى تعين الولد، ويثبت ذلك

---

(١٢) أي إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر. (ع)

(١) وعدة الحامل بوضع الحمل.

(٢) قوله: "فإن العلوق سابق على الشراء" لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة؛ لقيام الفراش حكمًا. (ع)

(٣) أي إذا جاءت به لستة أشهر، أو أكثر من وقت الشراء. (عناية)

(٤) وأقرب الأوقات وقت كونها مملوكة. (عناية)

(٥) أي لا يثبت النسب إلا بأن يدعيه.

(٦) بالاثنين من الطلاق.

(٧) الزوج.

(٨) أي الأمة.

(٩) قوله: "لأنها لا تحل بالشراء" لأن الأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين، فلا يحل له أن يطأها بملك اليمين، وإذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات، بل من أبعدها حملا لأمور المسلمين على الصلاح، وأبعد الأزمان هو ما قبل الطلاق، فيلزمه الولد، إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق.

وأما إذا كان الطلاق واحدا، يحل له وطئها بملك يمين، فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات، فحينئذٍ كان ولد الأمة، فلا يثبت نسبه بغير دعوة. (عناية)

(١٠) قوله: "فهي أم ولده" لأن سبب ثبوت النسب، وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله: فهو مني، وإنما الحاجة إلخ، وهذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لا يلزمه؛ لاحتمال أنها حملت بعد مقالة المولى، فلم يكن المولى مدعيًا لهذا الولد، بخلاف الأول، فإنا تيقنا ثمه بقيام

بشهادة القابلة بالإجماع.

ومن قال لغلام: هو بنى، ثم مات، فجاءت أم الغلام، وقالت: أنا امرأته، فهى امرأته، وهو ابنه ترثانه[١].

وفى "النوادر": جَعَل[٢] هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يكون لها الميراث؛ لأ النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح، يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطئ عن شبهة، وبملك اليمين، فلم يكن قولُه[٣] إقراراً بالنكاح. وجه الاستحسان: أن المسألة فيما إذا كانت[٤] معروفةً بالحرية[٥]، وبكونها أمَّ الغلام، والنكاحُ الصحيحُ هو المتعين[٦] لذلك[٧] وضعًا[٨] وعادةً.

ولو لم يعلم بأنها حرة، فقالت الورثةُ: أنتِ أم ولد، فلا ميراث لها؛ لأن ظهور الحرية باعتبار الدار[٩] حجةٌ فى دفع الرق، لا فى استحقاق الميراث.

الولد فى البطن وقت القول، فصحت الدعوى. (ع)

(١) أى الأم والابن.

(٢) محمد.

(٣) أى قول المقر لغلام هو ابنى.

(٤) أم الغلام.

(٥) قوله: "معروفة بالحرية إلخ" قيد بكونها معروفة بالحرية؛ لأنها لو لم تكن معروفة بأنها حرة من الأصل لا ترث؛ لأن للورثة أن يقولوا: إن كنت أم الولد لمورثنا، وإنما عتقت بموته، وقيد أيضًا بكونها أم الغلام؛ لأنه إذا لم يثبت أنها أم الغلام، فلا ترث. (عينى)

(٦) وحينئذٍ لا يكون عن وطئ بشبهة.

(٧) أى لثبوت النسب.

(٨) أى شرعًا.

(٩) أى دار الإسلام.

باب حضانة الولد ومن أحق به[١]

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين، فالأم[٢] أحق بالولد؛ لما روى[٣] أن امرأة قالت[٤]: يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء[٥]، وحَجري له حواء[٦]، وثديي له سقاء[٧]، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال عليه السلام: «أنتِ أحقُّ به[٨] ما لم تتزوجي»*، ولأن الأم أشفق[٩] وأقدرُ على الحضانة[١٠]، فكان الدفع [١١] إليها أنظر[١٢]، وإليه أشار الصدّيق بقوله[١٣]: ريقها[١٤] خير له من شهد وعسل عندك يا عمر! قاله حين وقعت

(١) قوله: "باب حضانة إلخ" مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج إلى بيان. (ع)

(٢) قوله: "فالأم أحق إلخ" سواء كانت كتابية، أو مجوسية؛ لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين. (عيني)

(٣) رواه أبو داود في "سننه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو. (عيني)

(٤) وطلقها زوجها.

(٥) بمعنى ظرف.

(٦) قوله: "حوى" الحوى بكسر الحاء المهملة وتخفيف الواو: بيت من الوبر، والجمع الأحوية، كذا في "الصحاح"، وقال ابن الأثير: الحوى اسم المكان الذى يحوى الشيء أي يضمه ويجمعه. (عيني)

(٧) بالكسر: الدلو. (عيني)

(٨) الولد.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٢ ص٨١. (نعيم)

(٩) قوله: "أشفق" أي على الولد لزيادة اتصاله بها حيث يقص منها بالمقص. (ع)

(١٠) بلزومها البيت. (عناية)

(١١) أي دفع الولد.

(١٢) قوله: "أنظر" أي في حقه يعني أقوى نظراً في حاله من غيره. (عيني)

(١٣) قوله: "أشار الصديق إلخ" روى أن عمر رضي الله عنه خاصم أم عاصم بين يدى أبي بكر الصديق رضي الله عنه لينزع العاصم منها، فقال له أبو بكر رضي الله عنه. (عناية)

(١٤) قوله: "ريقها إلخ" هذا غريب بهذا اللفظ، وقصته رواها ابن أبي شيبة في "مصنفه"، وقوله: ريقها أي ريق أم عاصم امرأة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واسمها جميلة، وقوله: من شهد بضم الشين وفتحها عسل في شمعه. (عيني)

الفرقة بينه وبين امرأته، والصحابة حاضرون ومتوافرون[١].

والنفقة[٢] على الأب على ما نذكر[٣]، ولا تجبر الأم عليه[٤]؛ لأنها عست تعجز عن الحضانة، فإن لم تكن له أم[٥]، فأم الأم أولى من أم الأب، وإن بعدت؛ لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات[٦].

فإن لم تكن[٧] أم الأم، فأم الأب أولى من الأخوات؛ لأنها[٨] من الأمهات، ولهذا[٩] تحرز ميراثهن السدس، ولأنها أوفر شفقةً للولاد[١٠].

فإن لم تكن له جدة، فالأخوات أولى من العمات والخالات؛ لأنهن بنات الأبوين، ولهذا قُدِّمْنَ في الميراث[١١].

وفي رواية[١٢]: الخالة أولى من الأخت لأب؛ لقوله عليه السلام[١٣]: «الخالة والدةٌ»*، وقيل في قوله تعالى: ﴿ورفع[١٤] أبويه على العرش﴾

(١) ولم ينكر أحد.

(٢) أي نفقة الولد.

(٣) في باب النفقات.

(٤) قوله: "ولا تجبر الأم عليه" أي على أخذ الولد إذا أبت، أو لم تطلب، كما ذكره إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم، فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد؛ إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه. (عناية)

(٥) قوله: "فإن لم تكن له أم" بأن ماتت، أو تزوجت بأجنبي، فإنها كالمعدومة حينئذٍ. (عناية)

(٦) قوله: "تستفاد إلخ" لما ذكرنا من وفور شفقتهن، فمن كانت تدلى إليه بأم، فهي أولى ممن تدلى بأب. (عناية)

(٧) بالتفسير المار. (ع)

(٨) وهذه الولاية بالأمومة.

(٩) أي لكون الجدة من الأمهات

(١٠) أي لأجل الولاد.

(١١) من العمات والخالات.

(١٢) أي رواية كتاب الطلاق.

(١٣) رواه أبو داود من حديث علي. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٣ ص٨١. (نعيم)

إنما كانت خالتَه[١].

وتقدم الأخت لأب وأم[٢]؛ لأنها أشفق، ثم الأخت من الأم، ثم الأخت من الأب؛ لأن الحق[٣] لهن[٤] من قبل الأم. ثم الخالات أولى من العمات؛ ترجيحًا لقرابة الأم، وينزلن كما نزلنا الأخوات معناه ترجيح[٥] ذات قرابتين[٦]، ثم قرابة الأم، ثم العمات ينزلن كذلك[٧]، وكلّ من تزوجت من هؤلاء[٨] يسقط حقُّها[٩]؛ لما روينا[١٠]، ولأن زوج الأم[١١] إذا كان أجنبيًا يعطيه نزرًا[١٢]، وينظر إليه شزرًا[١٣]، فلا نظر.

قال[١٤]: إلا الجدة إذا كان زوجها الجد؛ لأنه قام مقام أبيه[١٥]، فينظر

---

(١٤) يوسف.

(١) يوسف.

(٢) قوله: "وتقدم إلخ" معناه أن ذات قرابتين ترجع على ذات قرابة واحدة،لما فيها من زيادة الشفقة. (عناية)

(٣) أى حق الحضانة.

(٤) أى للأخوات.

(٥) قوله: "ترجيح إلخ" يعنى أن الخالة لأب وأم أولى من الخالة لأم، والخالة لأب وأم ذات قرابتين، والخالة لأم ذات قرابة واحدة. (عينى)

(٦) على ذات قرابة واحدة.

(٧) قوله: "ينزلن كذلك" يعنى أن العمة لأب وأم أولى من العمة لأم، ثم العمة لأم أولى من العمة لأب. (عينى)

(٨) النساء.

(٩) فى الحضانة.

(١٠) قوله: "لما روينا" من قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت أحق به ما لم تتزوجى». (ع)

(١١) قوله: "ولأن زوج إلخ" أى لأن حق الحضانة لنظر الصغيرة، وقد فات عند التزوج؛ لأن زوج إلخ.(ع)

(١٢) قوله: "يعطيه نزرًا" أى يعطى الصغير شيئًا قليلا يقال: شىء نزر أى قليل، ومادته نون وزاء وراء مهملة. (عينى)

(١٣) قوله: "وينظر إلخ" أى ينظر زوج الأم الأجنبى إلى الصغير بمؤخر عينيه يقال: شزره بعينيه إذا نظر إليه بمؤخر عينيه، وما دته شين معجمة وزاء، ثم راء. (عينى)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) الولد.

له، وكذلك كل "زوج"[١] هو ذو رحم محرم منه[٢]؛ لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة، ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية؛ لأن المانع قد زال. فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله، فاختصم فيه الرجال، فأولاهم أقربهم[٣] تعصيباً؛ لأن الولاية للأقرب، وقد عرف الترتيب في موضعه[٤] غير أن الصغيرة[٥] لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم؛ تحرزاً عن الفتنة[٦]. والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، ويستنجي وحده. وفي "الجامع الصغير"[٧]: حتى يستغني فيأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، والمعنى واحد؛ لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء[٨]. ووجهه[٩] أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتثقيف[١٠]، والخصاف[١١] قدر الاستغناء بسبع

(١) قوله: "كل زوج" كعم الولد إذا تزوج بأمه لا يسقط حقها. (عيني)

(٢) الولد.

(٣) أي أقرب العصبات.

(٤) قوله: "في موضعه" أي في باب الميراث، وولاية الإنكاح. (عيني)

(٥) قوله: "غير أن الصغيرة إلخ" قيد بقوله: الصغيرة؛ لأن الصغير يدفع إلى أقرب العصبات، سواء كان محرماً أو غير محرم. (عيني)

(٦) قوله: "تحرزاً عن الفتنة" كذا روي عن محمد، وذكر الإمام التمرتاشي: فإن لم يكن واحد من العصبات، تدفع إلى الأخ لأم عند أبي حنيفة، ثم إلى ذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، وقال محمد: لا حق لذكر من قبل النساء، والتدبير للقاضي يدفع إلى ثقة تحضنه. (عناية)

(٧) قوله: "وفي الجامع إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لزيادة لفظ يستغني، وحذف لفظ يستنجي، وذكر أن المعنى واحد، وهو ظاهر. (ع)

(٨) قوله: "بالقدرة على الاستنجاء" وهو أن يمكنه أن يفتح سراويله عند الاستنجاء، ويشده عند الفراغ. (عيني)

(٩) أي وجه ذكر الاستنجاء.

(١٠) قوله: "والتثقيف" قال في "العناية": في شرح كتاب اللقيط: التثقيف تقويم المعوج بالثقاف بالكسر،

سنين[١]؛ اعتباراً للغالب[٢]. والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض؛ لأن بعد الاستغناء[٣] تحتاج إلى معرفة آداب النساء[٤]، والمرأة على ذلك أقدر، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين[٥] والحفظ[٦]، والأبُ فيه أقوى وأهدى[٧]. وعن محمد[٨]: أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة[٩]؛ لتحقق الحاجة إلى الصيانة، ومَن سوى الأم[١٠] والجدة أحق بالجارية، حتى تبلغ حدا تشتهى. وفي "الجامع الصغير": حتى تستغني؛ لأنها لا تقدر على استخدامها، ولهذا[١١] لا تؤاجرها للخدمة[١٢]، فلا يحصل

وهو ما يسوى به الرماح، ويستعار للتأديب والتهذيب، انتهى.

(١١) أبو بكر أحمد.

(١) وعليه الفتوى، كذا في "الكافي" وغيره. (عيني)

(٢) قوله: "اعتبارا للغالب" يعني أن الصبي في الغالب إذا بلغ سبع سنين، يستغني عن الحضانة والتربية، فحينئذ يستنجي وحده. (ع)

(٣) بالأكل وحده وأمثاله.

(٤) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها. (عناية)

(٥) بالتزويج، وولاية التزويج إلى الأب. (عناية)

(٦) عن وقوع الفتنة. (عناية)

(٧) قوله: "أقوى وأهدى" لأن بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء، فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك. (ع)

(٨) قوله: "وعن محمد [رواه هشام عنه] إلخ" وفي "غياث المفتي": الاعتماد على رواية هشام لفساد الزمان. (عيني)

(٩) قوله: "إذا بلغت إلخ" وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم، كذا في "النهاية"، وقال الفقيه أبو الليث: حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين. (ع)

(١٠) قوله: "ومن سوى إلخ" يعني إذا كانت الصغيرة عند الأخوات أو الخالات، أو العمات، فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حدا تشتهى، على رواية "القدوري"، وحتى تستغني على رواية "الجامع الصغير"، فتأكل وحدها، وتلبس وحدها؛ لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء، لكن فيه نوع استخدام الصغيرة، وليس لغير الأم، والجدتين ولاية الاستخدام، فلا يحصل المقصود، وهو التعليم. (ع)

(١١) قوله: "ولهذا" أي لأجل عدم قدرة من سوى الأم والجدة على استخدامها. (عيني)

المقصود، بخلاف الأم والجادة لقدرتهما عليه[١] شرعًا.

قال[٢]: والأمةُ[٣] إذا أعتقها مولاها، وأمُّ الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد؛ لأنهما حرتان أوان ثبوت الحقّ، وليس[٤] لهما قبل العتق حقّ في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى.

والذمية أحقّ بولدها المسلم[٥] ما لم يعقل الأديان[٦]، أو يخافَ[٧] أن يألف الكفر للنظر[٨] قبل ذلك[٩]، واحتمالِ الضرر بعده، ولا خيار للغلام والجارية[١٠]. وقال الشافعي: لهما الخيار[١١]؛ لأن النبي عليه السلام خير[١٢]*، ولنا أنه[١٣] لقصور عقله يختار من عنده الدعة[١٤]؛ لتخليته

(١٢) أي لأجل خدمة من كان يريد استخدامها. (عيني)

(١) أي على الاستخدام.

(٢) القدوري.

(٣) قوله: "والأمة إلخ" وذلك بأن زوجها مولاهما، ثم ولدتا ثم عتقتا، فكانتا أحق بالولد من مولاهما؛ لأن الخصومة ههنا إنما تكون مع المولى؛ لأن الزوج لا حق له في الولد؛ إذ الولد يتبع الأم في الملك، ومالك المملوك أحق به من غيره، كذا في "الكافي". (عيني)

(٤) أي حق الحضانة.

(٥) بأن كان زوجها مسلمًا. (عناية)

(٦) قوله: "ما لم يعقل الأديان" فإن عقل الأديان يؤخذ منها، ويدفع إلى الأب. (عيني)

(٧) قوله: "أو يخاف" بالنصب على تقدير إلى أن يخاف، كما في قوله: لألزمنك، أو تعطيني حقي أي إلى أن تعطيني. (عيني)

(٨) قوله: "للنظر إلخ" أي لأن الدفع إليها قبل ذلك النظر للصبي، وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه. (عناية)

(٩) قوله: "قبل ذلك" أي قبل أن يعقل الأديان، وقبل أن يخاف من فتنة الكفر. (عيني)

(١٠) يعني بين الأبوين. (عيني)

(١١) قوله: "لهما الخيار" أي إذا بلغ سن التمييز، فيسلم إلى من اختاره، فإن اختار الأب لا يمنع من الزيارة، فإن اختار الأم، فعلى الأب مراعاته، وتسليمه إلى المكتب والحرفة. (عناية)

(١٢) قوله: "لأن النبي عليه السلام خير" استدل الشافعي بحديث رافع بن سنان، وهو الذي ذكره

بينه[1] وبين اللعب، فلا يتحقق النظر، وقد صح[2] أن الصحابة رض لم يخيروا. وأما الحديث[3]: فقلنا[4]: قد قال عليه السّلام: «اللهم اهده»*، فوفّق[5] لاختياره[6] الأنظر بدعاءه عليه السّلام، أو يحمل[7] على ما إذا كان[8] بالغًا.

فصل[9]

وإذا أرادت المطلقة[10] أن تخرج بولدها من المصر، فليس لها ذلك؛

المصنف، وأجاب عنه على ما يأتى، أخرجه أبو داود والنسائى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع ابن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ، فأجلس النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم الأب ههنا، والأم ههنا، ثم خيره، وقال: «اللهم اهده»، فذهب إلى أمه. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٤ ص٨٢. (نعيم)

(١٣) الصغير.

(١٤) بفتح الدال والعين المهملة الراحة. (عينى)

(١) الصغير.

(٢) قوله: "وقد صح أن الصحابة إلخ" لم يتعرض إليه أحد من الشراح، وقد روى مالك والبيهقى عن أبى بكر أنه دفع الغلام لأمه لما اختصم فيه عمر رضى الله عنه وأمه، قال فيه: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «لا توله والدة عن ولدها» أى يفرق بينهما، وكل أنثى فارقت ولدها، فهى والهة. (عينى)

(٣) الذى استدل به الشافعى.

(٤) فى جوابه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٥ ص٨٢. (نعيم)

(٥) الصبى.

(٦) الصبى.

(٧) قوله: "أو يحمل إلخ" هذا جواب ثانٍ عن حديث الشافعى، ولكن ليس بموجه، ولا يرضى به الخصم؛ لأنه صرح فيه، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ. (عينى)

(٨) الصبى.

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره فى فصل على حدة. (ع)

(١٠) بعد انقضاء العدة. (عناية)

لما فيه من الإضرار بالأب[١] إلا أن تخرج به إلى وطنها، وقد[٢] كان الزوج تزوجها فيه؛ لأنه[٣] التزم المقام فيه عرفًا[٤] وشرعًا قال عليه السّلام[٥]: «من تأهّل ببلدة فهو منهم»*، ولهذا[٦] يصير الحربى به ذمّيًا، وإن أرادتِ الخروج إلى مصر غير وطنها، وقد[٧] كان التزوج فيه، أشار فى الكتاب[٨] إلى أنه ليس لها ذلك، وهذه رواية كتاب الطلاق[٩]، وذكر[١٠] فى "الجامع الصغير": أن لها ذلك؛ لأن العقد متى وُجد فى مكان يُوجب أحكامه[١١] فيه، كما يوجب البيع التسليم[١٢] فى مكانه[١٣]، ومن جملة ذلك[١٤] حق إمساك الأولاد[١٥]، وجه الأول[١٦] أن التزوج فى دار الغربة

---

(١) لانقطاع ولد عنه. (عينى)

(٢) الواو حالية.

(٣) الزوج.

(٤) لأن الزوج يقيم فى البلد الذى يتزوج فيه عادةً. (عينى)

(٥) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٦ ص٨٢. (نعيم)

(٦) قوله: "ولهذا يصير إلخ" أى الشخص الحربى ذكرًا كان أو أنثى، به أى بالتزوج فى بلدة ذميًا، قال فى "النهاية": وهذا وقع غلطا؛ لأن المصنف ذكر فى السير، وذكر أيضًا فى سائر الكتاب إذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميًا؛ لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع. وقال الإتزارى: ونقل عن الإمام حافظ الدين الكبير أن هذه الجملة ليست فى النسخة التى قوبلت مع نسخة المصنف، فعلى هذا يكون السهو من الكاتب، كذا قال العينى)

(٧) الواو للحال.

(٨) يريد به القدورى. (عناية)

(٩) من "الأصل". (عينى)

(١٠) أى محمد.

(١١) العقد.

(١٢) أى تسليم المعقود عليه.

(١٣) البيع.

(١٤) الحكم.

(١٥) قوله: "حق إمساك الأولاد" لأن الأولاد من ثمرات النكاح، فيوجب إمساكها فى موضع العقد. (عينى)

(١٦) أى رواية كتاب الطلاق. (عينى)

ليس التزامًا للمكث فيه عرفًا، وهذا[١] أصح. والحاصل أنه لا بد[٢] من الأمرين جميعًا: الوطن، ووجود النكاح، وهذا كلُّه إذا كان بين المصرين تفاوت[٣]، أما إذا تقاربا[٤] بحيث يمكن للولد أن يُطالع ولده، ويبيت في بيته، فلا بأس به[٥]. وكذا الجواب في القريتين[٦]، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به؛ لأن فيه[٧] نظرًا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر، وليس فيه ضررٌ بالأب، وفي عكسه[٨] ضررٌ بالصغير؛ لتخلقه بأخلاق أهل السَّواد[٩]، فليس لها ذلك[١٠].

باب النفقة[١١]

قال[١٢]: النفقة واجبة للزوجة على زوجها، مسلمةً كانت أو كافرةً إذا

---

(١) أي الأول.

(٢) لجواز إخراج الولد.

(٣) قوله: "تفاوت" أراد به البعد بحيث لا يمكن للأب رجوعه إلى بيته في يوم مطالعة أولاده. (عيني)

(٤) المصران.

(٥) أي بالإخراج.

(٦) قوله: "وكذا الجواب إلخ" يعني إذا كانت القريتان بحيث يمكن للأب مطالعة الأولاد في يومه، فلها ذلك، وإلا فلا. (عيني)

(٧) أي في هذا الانتقال.

(٨) أي الانتقال من المصر إلى القرية. (عيني)

(٩) القرى.

(١٠) قوله: "فليس لها ذلك" أي ليس لها أن تنقل الصغار من المصر إلى القرية إلا إذا وقع العقد فيها، فح لها ذلك، ذكره في "شرح الطحاوي"، وفي "فتاوى البقالي": ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا. (عيني)

(١١) قوله: "باب النفقة" لما فرغ عن بيان حق حضانة الولد، ومن لها الحضانة، احتاج إلى بيان النفقة ومن تجب عليه، ثم استطرد بذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيره. والنفقة اسم بمعنى الإنفاق، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاءه. (ع)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

سلّمت[1] نفسها إلى منزله[2]، فعليه نفقتُها وكسوتها وسكناها.

والأصل[3] في ذلك[4] قوله تعالى: ﴿لِيُنفق[5] ذو سعة[6] من سعته﴾، وقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له[7] رزقُهن[8] وكسوتُهن بالمعروف﴾، وقوله عليه السلام[9] في حديث حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف[10]»*، ولأن النفقةَ جزاء الاحتباس[11]، وكلُّ من كان محبوسًا بحقٍّ مقصود لغيره، كانت نفقته عليه[12] أصلُه[13] القاضي والعاملُ في الصدقات، وهذه الدلائل[14] لا فصل فيها، فتستوي

(١) قوله: "إذا سلمت إلخ" قال في "النهاية": هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية، فإنه ذكر في "المبسوط"، وهو ظاهر الرواية بعد صحة العقد، النفقة واجبة لها، وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج. (عناية)

(٢) الزوج.

(٣) الدليل.

(٤) أي وجوب النفقة.

(٥) أمر بالإنفاق، والأمر للوجوب. (عناية)

(٦) أي قدرة.

(٧) أي الأب.

(٨) الأمهات.

(٩) أخرجه مسلم في باب حجة الوداع. (عيني)

(١٠) قوله: "بالمعروف" أي بالوسط، وقال الزجاج في تفسيره: بما يعرفون أنه العدل على قدر الإمكان، وكلمة على للوجوب. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٧ ص٨٣. (نعيم)

(١١) أي احتباس امرأة عند الرجل. (عيني)

(١٢) قوله: "كانت نفقته عليه" نوقض بالرهن، فإنه محبوس بحق مقصود للمرتهن، وهو الاشتياق، ونفقته ليست عليه، بل على الراهن. وأجيب بأن الرهن محبوس لحق الراهن أيضًا، وهو كونه موفيًا دينه عند الهلاك، فلهذا لم تجب النفقة على المرتهن. (عناية)

(١٣) قوله: "أصله" أي أصل من كان محبوسًا لمنفعة ترجع إلى غيره، القاضي والعامل في الصدقات؛ لأنهما حبسا أنفسهما لمصالح المسلمين، فيجب كفايتهما. (عيني)

(١٤) يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة. (عناية)

فيها المسلمة والكافرة، وتعتبر[1] في ذلك حالهما جميعًا.

قال العبد الضعيف: وهذا[2] اختيار الخصّاف، وعليه الفتوى، وتفسيره[3] أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإن كانت معسرة[4]، والزوج موسرًا، فنفقتها دون نفقة الموسرات[5]، وفوق نفقة المعسرات. وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج، وهو قول الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِق ذو سَعَةٍ من سعته﴾[6]. وجه الأول[7] قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان[8]: «خذي من مال زوجكِ ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف»[9]*، اعتبر حالها[10]، وهو الفقه[11]، فإن النفقة تجب بطريق الكفاية، والفقيرة

---

(١) هذا لفظ القدوري.

(٢) أي اعتبار حالهما. (عناية)

(٣) أي تفسير قول الخصاف.

(٤) قوله: "وإن كانت معسرة إلخ" لم يذكر المصنف القسم الرابع أي ما إذا كان الزوج معسرًا، والمرأة موسرة؛ لأنه يعلم من القسم الثالث، فإن الخصاف ذكر في كتابه، تفرض لها نفقة صالحة يعني وسطًا، وقال في ظاهر الرواية: يقول: لما زوجت نفسها من معسر، فقد رضيت بنفقة المعسرين، فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله. (عناية)

(٥) قوله: "دون نفقة إلخ" إذا كان الزوج يأكل الحلوى، أو اللحم المشوى، والباجات، والمرأة كانت في بيتها تأكل خبز الشعير، لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه، ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها، ولكن يطعمها فيما بين ذلك، ويطعمها خبز البر، وباجة أو باجتين. (عناية)

(٦) قوله: "لينفق ذو سعة من سعته" ﴿ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾ اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعًا، وأمره بالإنفاق، فلا مصير إلى غيره. (عناية)

(٧) يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما. (عناية)

(٨) لما شكت من بخل أبي سفيان.

(٩) أخرجه الجماعة غير الترمذي عن عائشة.

راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٨ ص٨٣. (نعيم)

(١٠) قوله: اعتبر [ﷺ] حالها" ولقائل: أن يقول: هذا الدليل غير مطابق للمدعي؛ لأن المدعي هو

لا تفتقر إلى كفاية الموسرات، فلا معنى للزيادة(١). وأما النص(٢): فنحن نقول بموجَبه: إنه يخاطَب(٣) بقدر وسعه، والباقي دين في ذمته، ومعنى قوله(٤): ﴿بالمعروف﴾ الوسط(٥)، وهو الواجب، وبه(٦) يتبيّن أنه لا معنى للتقدير، كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مُدّان(٧)، وعلى المعسر مدّ، وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ؛ لأن ما وجب كفايةً لا يتقدر شرعًا في نفسه(٨). وإن امتنعت(٩) من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرَها، فلها النفقة؛ لأنه منعٌ بحقّ، فكان فوت الاحتباس بمعنًى من قبله(١٠)،

الاعتبار بحالهما، والحديث، يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ. ويمكن أن يجاب عنه: بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها، وأما اعتبار حاله: فالآية تدل عليه، والخصم يقول به، فإن الآية تدل على اعتبار حاله، والحديث على اعتبار حالها، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه، وحالها كذلك. فإن قيل: هذا على تقدير التعارض، والحديث لا يعارض الآية؛ لكونه من الآحاد، فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾، فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين، فيجمع بينهما. (ع)

(١١)قوله: "وهو الفقه" أي اعتبار حال المرأة هو الفقه أي هو الذي يفهم من الدلائل، وأشار بهذا إلى أنه اختار قول الخصاف حيث اعتبر حالهما، لكنه ذكر الدليل من جهة نفسه لما اختاره. (عيني)

(١)أي على كفايتها نظرا إلى الزوج. (عناية)

(٢)أي قوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾. (عناية)

(٣)قوله: "أنه يخاطب" أي أنه مخاطب أن ينفق بقدر وسعه؛ لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع، لكن إن زاد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينًا في ذمته عملا بالدليلين، كما مر، ولا يؤديه مع العجز.(ع)

(٤) أي قوله تعالى: ﴿وعلى المولود به رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾.

(٥) قوله: "الوسط" فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل، وحال المرأة. (عناية)

(٦)قوله: "وبه" أي بقوله ﷺ لهند: «خذي من مال زوجك ما يكفيك». (عناية)

(٧)قوله: "مدان" المد بالضم وتشديد الدال: رطل وثلث بالعراقي عند الشافعي وأهل الحجاز، ورطلان عند أبي حنيفة وأهل العراق، وقيل: إن أصل المد مقدر بأن يمد الرجل يديه، فيملأ كفيه طعمًا. (عيني)

(٨) قوله: "لا يتقدر شرعًا إلخ" لأنهما مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم، وبحسب الأوقات والأماكن، ففي التقدير قد يكون إضرارًا. (ع)

(٩) المرأة.

(١٠) الزوج.

فيُجعل كلا فائت.

وإن نشزت فلا نفقةَ لها(١) حتى تعود إلى منزله(٢)؛ لأن فوتَ الاحتباس منها(٣)، وإذا عادت(٤) جاء الاحتباس فتجب النفقة، بخلاف(٥) ما إذا امتنعت(٦) من التمكين(٧) في بيت الزوج؛ لأن الاحتباس قائم، والزوج يقدر على الوطئ كرهًا.

وإن كانت(٨) صغيرة لا يُستمتع(٩) بها، فلا نفقة لها(١٠)؛ لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها، والاحتباسُ الموجب(١١) ما يكون وسيلة إلى مقصودٍ مستحقٍّ بالنكاح(١٢) ولم يوجد(١٣)، بخلاف المريضة(١٤) على ما نبين(١٥).

---

(١) قوله: "فلا نفقة لها" فإن قيل: الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها، فما وجه حرمانها عنها. فالجواب: أنا لا نسلم أنها لم تفصل؛ لأنه تعالى قال: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾، وذلك قد يشير إلى تسليم النفس؛ لأن الولادة بدونه لا تتصور. (عناية)

(٢) الزوج.

(٣) الزوجة.

(٤) إلى منزل الزوج.

(٥) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: لأن فوت الاحتباس منها. (عناية)

(٦) فلها النفقة.

(٧) أي تمكين الزوج على الوطئ.

(٨) المرأة.

(٩) أي لا يوطأ.

(١٠) قوله: "فلا نفقة لها" سواء كانت في منزل الزوج، أو لم تكن حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع. (ع)

(١١) للنفقة.

(١٢) وهوالجماع، أو دواعيه. (عناية)

(١٣) قوله: "ولم يوجد [فلا يجب شيء]" لأن الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه؛ لأنها غير مشتهاة، واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما، فإن المقصود المستحق بالنكاح فائت، ولهن النفقة.
وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذا أو غيره، بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا: إن كانت الصغيرة مشتهاة، ويمكن جماعها فيما دون الفرج، تجب النفقة. (عيني)

وقال الشافعي: لها[1] النفقة؛ لأنها عوض عن الملك[2] عنده، كما في المملوكة بملك اليمين. ولنا أن المهر عوضٌ عن الملك[3]، ولا يجتمع العوضان عن معوضٍ واحدٍ، فلها[4] المهر دون النفقة.

وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطئ، وهي كبيرة، فلها النفقة من ماله؛ لأن التسليم تحقق منها، وإنما العجز من قبله، فصار كالمجبوب والعنّين. وإذا حُبست المرأة في دين، فلا نفقة لها؛ لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة[5]، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة[6]، فليس منه[7]، وكذا[8] إذا غصبها رجل كرها، فذهب بها.

وعن أبي يوسف: أن لها النفقة[9]، والفتوى على الأول[10]؛ لأن فوت الاحتباس ليس منه[11]؛ ليُجعل باقيًا[12] تقديراً، وكذا إذا حجت مع

(١٤) قوله: "بخلاف المريضة" يعني يجب النفقة في المريضة، وإن تعذر الجماع. (عيني)

(١٥) قريبًا. (عيني)

(١) الصغيرة.

(٢) قوله: "عوض عن الملك [أي ملك الزوج] إلخ" وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة، والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة. (عناية)

(٣) قوله: "أن المهر عوض إلخ" لأن العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية، والداخل تحته هو المهر دون النفقة. (عناية)

(٤) الصغيرة.

(٥) في أداء الدين.

(٦) عن أداء الدين.

(٧) قوله: "فليس منه" أي من الزوج أيضًا، فلا يطالب بالنفقة. (عيني)

(٨) أي لا نفقة لها لفوت الاحتباس.

(٩) لأنه لا منع من جهتها.

(١٠) قوله: "على الأول" أي على ظاهر الرواية، وهو أن لا نفقة للمغصوبة فيما مضى. (عناية)

(١١) الزوج.

محرم[1]؛ لأن فوت الاحتباس منها.

وعن أبي يوسف: أن لها النفقة؛ لأن إقامة الفرض عذرٌ، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر؛ لأنها[2] هي المستَحقَّة عليه[3]، ولو سافَر معها الزوج، تجب النفقة بالاتفاق؛ لأن الاحتباس قائم لقيامه[4] عليها[5]، وتجب نفقة الحضر دون السفر[6]، ولا تجب الكراءُ؛ لما قلنا[7].

وإن مرضت في منزل الزوج[8]، فلها النفقة، والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضًا يمنَع الجماع؛ لفوات الاحتباس للاستمتاع.

وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم، فإنه[9] يستأنس بها، ويمسّها، وتحفظ البيتَ، والمانع[10] بعارض[11]، فأشبه الحيض[12].

---

(١٢) قوله: "ليجعل باقيًا إلخ" بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته، فإذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا. أما إذا كان الفوات: لا لمعنى من جهته، فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس ثابتا تقديراً، و بدونه لا تجب النفقة. (عناية)

(١) يعني بدون الزوج، فلا تجب النفقة.

(٢) أي نفقة الحضر.

(٣) الزوج.

(٤) الزوج.

(٥) المرأة.

(٦) قوله: "دون السفر" لأن المأمور هو النفقة بالمعروف، وهو عبارة عما لا إسراف فيه ولا تقتير، وفي نفقة السفر إسراف لغلاء السفر، فلا يكون معروفا، فلا يجب ذلك. (عيني)

(٧) إشارة إلى قوله: لأنها هي المستحقة عليه. (عناية)

(٨) قوله: "وإن مرضت إلخ" وهو الموعود بقوله: قيل: هذا، بخلاف المريضة على ما نبين. (ع)

(٩) الزوج.

(١٠) من الجماع.

(١١) هو المرض.

(١٢) في كونه مانعًا وتجب النفقة. (عيني)

وعن أبي يوسف: أنها إذا سلّمت[١] نفسها، ثم مرضت، تجب النفقة؛ لتحقق التسليم، ولو مرضت، ثم سلّمت، لا تجب؛ لأن التسليم لم يصح، قالوا: هذا حسنٌ، وفي لفظ الكتاب[٢] ما يشير إليه.

قال[٣]: وتفرض على الزوج النفقة[٤] إذا كان موسرًا، ونفقة خادمها، والمراد بهذا بيان نفقة الخادم، ولهذا[٥] ذكر في بعض النسخ[٦]، وتفرض على الزوج إذا كان موسِرًا، نفقةُ خادمها، ووجهه أن كفايتها[٧] واجبة عليه[٨]، وهذا[٩] من تمامها؛ إذ لا بد لها منه.

ولا تفرض لأكثر من نفقة خادم واحد، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تفرض[١٠] لخادمين؛ لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل، وإلى الآخر لمصالح الخارج.

---

(١) إلى الزوج.

(٢) قوله: "وفي لفظ الكتاب" أي كتاب القدوري ما يشير إليه أي إلى ما روى عن أبي يوسف؛ لأنه قال: وإن مرضت في منزل الزوج؛ لأنه يفهم منه أنها سلمت نفسها إلى الزوج في منزله، ثم مرضت فيه. (ب)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وتفرض على إلخ" ولما كان ظاهر هذا تكرارًا؛ لأنه قال في أول الباب: النفقة واجبة للزوجة على زوجها، عذره المصنف بقوله: والمراد بهذا أي بقوله: ويفرض للزوجة على الزوج النفقة إن كان موسرًا، ونفقة خادمها بيان نفقة الخادم، وهناك لم يذكر نفقة الخادم، وتجب نفقته بإجماع الأئمة.

وإنما قيد بقوله: إن كان موسرًا، وزاد فيه هذا القيد؛ لأنه إذا كان معسرًا، لا تجب عليه نفقة الخادم، وإن كان لها خادم، على ما روى الحسن عن أبي حنيفة. ثم اختلف المشايخ في الخادم، قيل: المملوكة لها، حتى لو كانت حرة، أو غير مملوكة لها لا تستحق، وقيل: كل من يخدمها، حرة كانت أو مملوكة لها، أو لغيرها. (عيني)

(٥) أي لكون المراد هذا.

(٦) أي نسخ القدوري.

(٧) الزوجة.

(٨) الزوج.

(٩) أي نفقة الخادم.

(١٠) النفقة.

ولهما: أن الواحد[1] يقوم بالأمرين، فلا ضرورة إلى اثنين، ولأنه[2] لو تولّى كفايتها بنفسه، كان كافيا، فكذا إذا أقام الواحدَ مقام نفسه، وقالوا: إن الزوج الموسر[3] يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسِر[4] من نفقة امرأته، وهو أدنى الكفاية[5]. وقوله في الكتاب[6]: إذا كان موسرًا؛ إشارة إلى أنه لا تجب نفقةُ الخادم عند إعساره[7]، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهوَ الأصح، خلافًا لما قاله محمد[8]؛ لأن الواجب على المعسِر أدنى الكفاية، وهي[9] قد تكتفي بخدمة نفسها.

ومَن أعسر بنفقة امرأته لم يفرّق بينهما، ويقال لها[10]: استديني عليه[11]. وقال الشافعي: يفرّق؛ لأنه[12] عجز عن الإمساك بالمعروف[13]،

(١) الخادم الواحد.

(٢) الزوج.

(٣) قوله: "إن الزوج الموسر" اليسار ههنا مقدربنصاب حرمان الصدقة، لا بنصاب وجوب الزكاة.(ع)

(٤) قوله: "ما يلزم المعسر إلخ" يعني نفقة الخادم غير نفقتها، لكن في حق الإدام دون الخبز، وأعلى الإدام اللحم، وأوسطه الزيت، وأدناه الملح واللبن. (عناية)

(٥) قوله: "وهو أدنى الكفاية" الضمير يرجع إلى قوله: ما يلزم، والحاصل: أن نفقة الخادم أدنى الكفاية، وهو ما يلزم المعسر من نفقة امرأته. (عيني)

(٦) أي القدوري.

(٧) الزوج.

(٨) قوله: "لما قاله محمد" يعني ما قال محمد: إن الزوج إذا كان معسرًا، وكان لها خادم، تجب عليه نفقته؛ لأنه إذا كان لها خادم، فهذه المرأة لم تكتفِ بخدمة نفسها، فتجب عليه النفقة، كما لو كان موسرًا. (ع)

(٩) الزوجة.

(١٠) من القاضي.

(١١) قوله: "استديني عليه [الزوج]" أي اشترى الطعام نسيئة على أن يقضي الثمن من مال الزوج. (عيني)

(١٢) الزوج.

(١٣) فيلزمه التسريح بالإحسان، فإن أبى فينوب إلخ.

فينوب القاضي منابَه في التفريق، كما في الجبّ والعنة، بل أولى؛ لأن الحاجة إلى النفقة أقوى[١]. ولنا أن حقَّه يبطل[٢]، وحقها يتأخر، والأول أقوى في الضرر، وهذا لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي، فتُستَوفى في الزمان الثاني، وفوتُ المال[٣] وهو[٤] تابع في النكاح، لا يلحق بما هو المقصود، وهو التناسل. وفائدة الأمر بالاستدانة[٥] مع الفرض أن يمكنها[٦] إحالة الغريم على الزوج، فأما إذا كانت الاستدانةُ بغير أمر القاضي كانت المطالبةُ عليها دون الزوج.

وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر، فخاصمته تمّم[٧] لها نفقة الموسر؛ لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار، وما قضى به[٨] تقدير[٩] لنفقةٍ لم تجب، فإذا تبدل[١٠] حاله[١١] لها المطالبة بتمام حقّها.

---

(١) قوله: "أقوى" من الجماع؛ لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثاني. (ع)

(٢) قوله: "أن حقه يبطل" بالتفريق؛ إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد، وحقها يتأخر؛ لأن النفقة تصير دينًا بفرض القاضي، فيستوفى في الزمان الثاني، والأول أقوى في الضرر، فيتحمل، أو في الضررين لدفع الأعلى. (عناية)

(٣) قوله: "وفوت المال إلخ" جواب عن القياس على الجب والعنة، تقريره: أن هذا قياس مع الفارق، وهو باطل، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال، وهو تابع في باب النكاح.

والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة، إنما يكون عن المقصود بالنكاح، وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود، وجوازها به عن التابع. (عناية)

(٤) الواو للحال.

(٥) قوله: "وفائدة الأمر إلخ" أي فإن قيل: لا فائدة في الإذن لها بالاستدانة لها بعد فرض القاضي النفقة لها؛ لأنها صارت دينًا بفرضه، أجاب بأن فائدة إلخ. (ع)

(٦) يعني من غير رضاء الزوج. (عناية)

(٧) أي لا بد من التغيير، وكذلك حكم عكس هذه المسألة. (عناية)

(٨) قوله: "وما قضى به [مبتدأ] إلخ" جواب عما يقال: ينبغي أن لا يتمم لها نفقة اليسار؛ لأن فيه نقض القضاء الأول. وتقريره: ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب؛ لأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا، وتقدير ما ليس بواجب، لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه، وإذا لم يكن لازما، لم يستحكم فيه حكم الحاكم. (عناية)

(٩) خبر.

وإذا مضت مدةٌ لم يُنفق الزوج عليها، وطالبته بذلك، فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لَها النفقة، أو صالحتِ الزوجَ على مقدار نفقتها، فيقضى لها بنفقة ما مضى؛ لأن النفقة صلةٌ[1]، وليست بعوضٍ عندنا، على ما مر من قبل[2]، فلا يستحكم الوجوب فيها[3] إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك[4] إلا بمؤكّد، وهو القبضُ، والصلحُ بمنزلة القضاء[5]؛ لأن ولايته[6] على نفسه أقوى[7] من ولاية القاضي، بخلاف المهر[8]؛ لأنه عوض[9]. وإن مات الزوج بعد ما قُضي عليه بالنفقة[10]، ومضى شهورٌ سقطت النفقة، وكذا إذا ماتت الزوجة؛ لأن النفقة صلة، والصلات تسقط بالموت كالهبة[11]، تبطل بالموت قبل القبض.

---

(١٠) بأن صار موسراً.

(١١) الزوج.

(١) تبرع وعطية وإحسان.

(٢) قوله: "على ما مر من قبل" يريد به قوله: إن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان عن المعوض الواحد. (ع)

(٣) تفريع على كون النفقة صلة.

(٤) للموهوب له.

(٥) أي صلح المرأة معه على شيء.

(٦) الزوج.

(٧) قوله: "أقوى" لأن له أن يلتزم بالنفقة فوق ما يلزمه القاضي بالمعروف، فكان صلحه بمنزلة القضاء، بل أولى. (عيني)

(٨) متصل بقوله: وليست بعوض. (عناية)

(٩) فيجب بلا قضاء، ولا تراضٍ.

(١٠) قوله: "بعد ما قضى عليه بالنفقة" وما كان أمرها بالاستدانة عليه، وإنما قيدنا بقوله: وما كان أمرها بالاستدانة عليه؛ لأنه إذا أمرها بذلك، لم تسقط بموت أحدهما؛ لأن القاضي لما أمرها بذلك، كان استدانتها استدانة الزوج؛ لعموم ولايته عليهما، ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت، فكذا إذا استدانت بحكم القاضي. (ع)

(١١) قوله: "كالهبة إلخ" فإن قيل: القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح؛ لأنها قبل القبض غير

وقال الشافعي: تصير[١] دينا قبل القضاء، ولا تسقط بالموت؛ لأنه عوض[٢] عنده، فصار كسائر الديون، وجوابُه قد بيناه[٣].

وإن أسلفها نفقةَ السنة أي عجّلها، ثم مات[٤] لم يسترجع منها بشيء[٥]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحتسب لها نفقة ما مضى، وما بقي للزوج[٦]، وهو قول الشافعي. وعلى هذا الخلاف الكسوةُ؛ لأنها استعجلت عوضا[٧] عمّا تستحقّه عليه[٨] بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت[٩]، فيبطل العوض بقدره[١٠] كرزق القاضي[١١]، وعطاءِ المقاتلة[١٢]. ولهما: أنه صِلة، وقد اتصل به القبض، ولا رجوعَ في الصلات بعد الموت؛ لانتهاء حكمها كما في الهبة، ولهذا لو هلكت[١٣] من

مؤكدة، والنفقة بعد القضاء مؤكدة، ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد.

أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باقٍ، كما كان قبله؛ لأن معنى الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال، وهذه كذلك، فقلنا: بسقوطها بعد القضاء بالموت. (ع)

(١) النفقة.

(٢) عن الاستمتاع.

(٣) قوله: "وجوابه قد بيناه" إشارة إلى ما تقدم من قوله: ولنا أن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان من معوض واحد، فلا تكون النفقة عوضا عن البضع. (نهاية)

(٤) أو ماتت قبل مضي المدة. (عناية)

(٥) ولا على تركتها. (عناية)

(٦) إن كان قائمًا، وقيمته إن كان مستهلكًا. (عناية)

(٧) قوله: "لأنها استعجلت إلخ" أي زن مذكوره باستعجال گرفته است عوض حبس را كه او مستحق آن ست بر شوهر بسبب محبوس بودن او نزد شوهر. (ترجمة)

(٨) الزوج.

(٩) چه حبس باقى نمانده.

(١٠) أي بقدر بطلان الاستحقاق.

(١١) قوله: "كرزق القاضي" أي أخذ القاضي رزق مدة، ثم مات قبل تمام المدة، يرد فيما بقي بحساب ذلك.(ب)

(١٢) قوله: "وعطاء المقاتلة" إذا أحرزوا أرزاقهم مدة، ثم ماتوا قبل تمام المدة، يسترد منهم فيما بقي من المدة.(ب)

(١٣) النفقة.

غير استهلاك، لا يسترد شيء منها بالإجماع. عن محمد: أنها إذا قبضت نفقة الشهر[1] أو ما دونه، لا يسترجع منها بشيء؛ لأنه يسير[2]، فصار في حكم الحال[3]. وإذا تزوج العبد حرة[4]، فنفقتها دين عليه، يباع فيها[5]، ومعناه[6] إذا تزوج بإذن المولى؛ لأنه[7] دين وجب في ذمته لوجود سببه[8]، وقد ظهر وجوبه[9] في حق المولى، فيتعلق[10] برقبته كدين التجارة في العبد التاجر[11]، وله[12] أن يفتدي؛ لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة، ولو مات العبد سقطت[13]، وكذا إذا قتل في الصحيح[14]؛ لأنه

(١) قوله: "نفقة الشهر إلخ" وإن كان أكثر من شهر، ترك منها مقدار نفقة شهر استحساناً، ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك. (عيني)

(٢) أي لأن الشهر وما دونه.

(٣) قوله: "فصار في حكم الحال" يعني إذا أخذت النفقة الواجبة في الحال، لا يسترد بالموت، فكذا لا يسترد ما إذا عجل لها نفقة الشهر. (عناية)

(٤) قوله: "حرة" إنما قيد بالحرة؛ لأن المرأة إذا كانت أمة، لا تستحق النفقة قبل التبوئة على ما يجيء.(ب)

(٥) قوله: "يباع فيها" قال شمس الأئمة السرخسي: فإن بيع، ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى، بيع ثانياً، وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة أخرى إلا النفقة، وهذا لأن النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان، فذلك في حكم دين حادث، ولا كذلك سائر الديون. (ع)

(٦) قوله: "ومعناه إلخ" إنما فسره بهذا التفسير، لا أنه إذا تزوج بغير إذن مولاه، لا يصح العقد. (عيني)

(٧) النفقة.

(٨) هو العقد.

(٩) الدين.

(١٠) الدين.

(١١) المأذون تتعلق الديون برقبته.

(١٢) أي للمولى.

(١٣) قوله: "سقطت النفقة" ولا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء. (عناية)

(١٤) قوله: "في الصحيح" احتراز عن قول الكرخي: إنها تكون في قيمته، قال الشيخ أبو الحسن القدوري: الصحيح أن تسقط؛ لأنها صلة، والصلات تبطل بالموت قبل القبض. (عناية)

صِلة. وإن تزوّج الحرّ أمة، فبوّأها مولاها معه منزلا، فعليه النفقة؛ لأنه تحقّق الاحتباس، وإن لم يُبوِّأْهَا، فلا نفقة لها؛ لعدم الاحتباس، والتبوئةُ أن يخلّي بينها وبينه[١] في منزله، ولا يستخدمها[٢]، ولو استخدمها بعد التبوئة، سقطت النفقة؛ لأنه فات الاحتباس، والتبوئةُ غير لازمة[٣] على ما مر في النكاح، ولو خدمته[٤] الجاريةُ أحيانًا من غير أن يستخدمها، لا يسقط النفقةُ؛ لأنه لم يستخدمها؛ ليكون استردادًا، والمدبرةُ وأم الولد في هذا كالأمة[٥].

فصل[٦]

وعلى الزوج أن يُسكنها في دار مفردةٍ، ليس فيها أحدٌ من أهله إلا أن تختار ذلك[٧]؛ لأن السكنى من كفايتها، فيجب لها كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى مقرونًا بالنفقة[٨]، وإذا وجب حقا لها، ليس له أن يُشرك غيرها فيه[٩]؛ لأنها تتضرر به، فإنها لا تأمن[١٠] على متاعها، ويمنعها[١١] عن

(١) الزوج.

(٢) المولى.

(٣) قوله: "والتبوئة إلخ" جواب سؤال، تقريره: لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك، ولا ينقضها بالاستخدام. وتقرير الجواب: التبوئة غير لازمة على ما مرفي النكاح أي في باب نكاح الرقيق حيث قال: إذا بوأها، ثم بدا له أن يستخدمها، كان له ذلك؛ لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة، كما لم يزل بالنكاح. (عناية)

(٤) المولى.

(٥) قوله: "كالأمة" يعني كما أن الأمة لا نفقة لها قبل التبوئة، فكذلك المدبرة، وأم الولد لا نفقة لهما قبل التبوئة، بخلاف المكاتبة حيث تجب لها النفقة إذا لم تحبس نفسها منه ظالمة. ولا يشترط التبوئة؛ لأن السيد ليس له أن يتسخدمها، ولا يملك منعها من الزوج؛ لأنها صارت أخص بنفسها، ومنافعها بالكتابة. (عيني)

(٦) لما فرغ من بين النفقة، شرع في بيان السكنى. (عيني)

(٧) أي إسكان غيرها معها.

(٨) قوله: "وقد أوجبه الله تعالى إلخ" أراد به ما ثبت في قراءة ابن مسعود في قوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم﴾ أي من طاقتكم يعني ما تطيقون. (عيني)

(٩) السكنى.

المعاشرة مع زوجها، ومن الاستمتاع[١] إلا أن تختار؛ لأنها[٢] رضيت بانتقاض حقِّها. وإن كان له ولد من غيرها، فليس له أن يُسكنه معها؛ لما بينا[٣]، ولو أسكنها في بيتٍ من الدار مفرد، وله[٤] غلق كفاها؛ لأن المقصود قد حصل، وله أن يَمنع والديها وولدها من غيره[٥]، وأهلَها من الدخول عليها؛ لأن المنزل ملكُه، فله حقُّ المنع من دخول ملكه.

ولا يمنعهم من النظر إليها، وكلامها[٦] في أيِّ وقتٍ اختاروا؛ لما فيه[٧] من قطعية الرحم[٨]، وليس له[٩] في ذلك ضررٌ، وقيل: لا يمنع من الدخول والكلام، وإنما يمنعهم من القرار؛ لأن الفتنة في اللَّباث[١٠]، وتطويل الكلام[١١]. وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين، ولا يمنعُهما من الدخول عليها في كل جمعة[١٢]، وفي غيرهما من المحارم التقديرُ بسنةٍ،

(١٠) حين الاشتراك.

(١١) أي الإشراك.

(١) بالجماع ودواعيه.

(٢) الزوجة.

(٣) قوله: "لما بينا" أشار به إلى قوله: لأنها تتضرر. (عيني).

(٤) محركة كليدانة. (من)

(٥) الزوج.

(٦) معهم.

(٧) أي في المنع من النظر والكلام.

(٨) وهي حرام.

(٩) قوله: "وليس له إلخ" أي ليس للزوج في نظرهم إليها، وكلامهم معها ضرر. (عيني)

(١٠) أي في اللبث، وهو المكث.

(١١) قوله: وتطويل الكلام" لأن تطويل الكلام يؤدى إلى القال والقيل، فينتج الشر والفساد. (عيني)

(١٢) وعليه الفتوى. (عيني)

وهو الصحيح[١].

وإذا غاب الرجل، وله مال في يد رجل يعترف به، وبالزوجية[٢] فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب، وولده الصغار، ووالديه، وكذا[٣] إذا علم القاضي ذلك[٤]، ولم يعترف به؛ لأنه لما أقر بالزوجيّةِ والوديعةِ، فقد أقر أن حقَّ الأخذ لها[٥]؛ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه. وإقرارُ صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا[٦]، فإنه لو أنكر أحد الأمرين، لا تُقبل بينةُ المرأة فيه؛ لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه، ولا المرأة خصمٌ في إثبات حقوق الغائب، فإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب، وكذا[٧] إذا كان المال[٨] في يده مضاربةً. وكذا الجواب في الدين[٩]، وهذا[١٠] كله إذا كان المال من

(١) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عن قول محمد بن المقاتل الرازي، فإنه يقول: لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر. (عناية)

(٢) وطلبت الزوجة النفقة.

(٣) أي يفرض النفقة.

(٤) أي الزوجة والمال للغائب.

(٥) لحديث هند امرأة أبي سفيان. (عناية)

(٦) قوله: "لا سيما ههنا" فإن إقراره أشد قبولا من إقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع؛ لتعين طريق إثبات الحق في إقراره لعدم إثباته بالبينة، فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية، والوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه أي في أحد الأمرين؛ لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية.
فالمودع ليس بخصم فيه، وإن كانت لإثبات الوديعة، فالمرأة ليست بخصم في إثبات حقوق الغائب، وإذا ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه، تعدى إلى الغائب؛ لكون ما أقر به ملكه. (عناية)

(٧) أي يفرض القاضي النفقة للمذكورين.

(٨) لأنه أمانة من وجهٍ. (عناية)

(٩) قوله: "وكذا الجواب في الدين" يعني إذا حضرت المرأة غريم زوجها الغائب عند القاضي، واعترف بالزوجية والدين، فرض القاضي النفقة، وإن جحد أحدهما، فلا. (عيني)

(١٠) أي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة. (عناية)

جنس حقّها[١] دراهمَ، أوْ دنانيرَ، أو طعامًا، أو كسوةً من جنس حقّها[٢].

أما إذا كان[٣] من خلاف جنسه[٤]: لا تفرض النفقةُ فيه؛ لأنه يحتاج إلى البيع، ولا يُباع مال الغائب بالاتفاق. أما عند أبي حنيفة: فلأنه لا يُباع على الحاضر[٥]، وكذا على الغائب، وأما عندهما: فلأنه إن كانَ يُقضى على الحاضر[٦]؛ لأنه يُعرف[٧] امتناعُه[٨]، لا يقضى على الغائب؛ لأنه لا يعرف امتناعُه. قال[٩]: ويأخذ[١٠] منها[١١] كفيلا[١٢] نظراً للغائب؛ لأنها ربما استوفت النفقة[١٣]، أو طلقها الزوج، وانقضت عدتها، فرق[١٤] بين هذا[١٥] وبين الميراث، إذا قسّم بين ورثةٍ حضورٍ[١٦] بالبينة، ولم

---

(١) في النفقة.

(٢) في الكسوة.

(٣) المال.

(٤) قوله: "من خلاف جنسه" أي من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض. (عيني)

(٥) قوله: "لا يباع [المال] على الحاضر" لأن البيع عليه إنما يكون بطريق الحجر، والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح، فكذا على الغائب، بل بالطريق الأولى. (عناية)

(٦) أي يبيع مال الحاضر حجراً.

(٧) المشروط في جواز البيع.

(٨) من أداء الحق الذي عليه.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) القاضي.

(١١) المرأة.

(١٢) بالنفقة.

(١٣) فلا تستحق شيئًا. (عيني)

(١٤) أي أبو حنيفة. (عيني)

(١٥) أي أخذ الكفيل ههنا.

(١٦) حاضرين.

يقولوا: لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبى حنيفة؛ لأن هناك[١] المكفول له مجهول، وههنا معلوم، وهو الزوج، ويحلّفها[٢] بالله ما أعطاها النفقةَ؛ نظرا للغائب. قال[٣]: ولا يقضى بنفقة فى مالِ غائبٍ إلا لهؤلاء[٤]، ووجه الفرق[٥] هو أن نفقة هؤلاء[٦] واجبة قبل قضاء القاضى، ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء، فكان قضاءُ القاضىْ إعانةً لهم. أما غيرهم من المحارم، فنفقتهم إنما تجب بالقضاء؛ لأنه مجتهد فيه[٧]، والقضاءُ على الغائب لا يجوز[٨]، ولو لم يعلم القاضى بذلك[٩]، ولم يكن مقرّا به[١٠]، فأقامت[١١] البينة على الزوجية، أو لم يخلف[١٢] مالا، فأقامت البينة؛ ليفرض القاضى نفقتها على الغائب، ويأمرها بالاستدانة، لا يقضى القاضى بذلك؛ لأن فى ذلك قضاءً[١٣] علي

---

(١) أى فى مسألة الميراث.

(٢) القاضى.

(٣) أى القدورى.

(٤) قوله: "إلا لهؤلاء" يعنى زوجة الغائب، وأولاده الصغار، ووالديه، وأما غيرهم من المحارم كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات، فلا يقضى بنفقتهم فيه. (عناية)

(٥) قوله: "ووجه الفرق" يعنى بين قضاء القاضى لهؤلاء المذكورين بالنفقة فى مال الغائب، وبين عدم جواز قضاءه لغيرهم كالأخ والعم وسائر ذوى الأقارب. (عينى)

(٦) المذكورين.

(٧) قوله: "لأنه مجتهد فيه" قيل: لأن الشافعى لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين. (عناية)

(٨) متصل بقوله: وكذا إذا علم القاضى بذلك.

(٩) أى بالزوجية. (عينى)

(١٠) متصل بقوله: يعرف به وبالزوجية. (عناية)

(١١) قوله: "فأقامت" إذا كان ثمه وديعة، ولكن ينكر الزوجية. (عناية)

(١٢) الزوج.

(١٣) فلا يجوز.

الغائب. وقال زفر: يقضي فيه[١]؛ لأن فيه نظرًا لها، ولا ضرر فيه على الغائب، فإنه[٢] لو حضر، وصدقها، فقد أخذت حقّها، وإن جحد[٣] يحلّف، فإن نكل، فقد صدّق، وإن أقامت بينة فقد ثبت حقُّها، وإن عجزت[٤] يضمن الكفيل[٥]، أو المرأة، وعمل القُضاة اليوم على هذا، إنه يقضي[٦] بالنفقة على الغائب لحاجة الناس، وهو مجتهد فيه[٧]، وفي هذه المسألة أقاويل مَرجوع عنها[٨]، فلم نذكرها.

فصل[٩]

وإذا طلق الرجل امرأتَه، فلها النفقة والسكنى في عدتها، رجعيًا كان أو بائنًا، وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة[١٠] إلا إذا كانت حاملا.

أما الرجعي: فلأن النكاح بعده قائم[١١] لا سيما عندنا، فإنه يحل له

---

(١) قوله: "يقضي فيه" يعني يسمع البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج، وإن لم يكن له مال يأمرها بالاستدانة. (عيني)

(٢) الزوج.

(٣) الزوج.

(٤) عن البينة، وآن كس سوگند خورد. (ترجمة)

(٥) أي پس زن مذكور يا كفيل او ضمان خواهد داد. (ترجمة)

(٦) أي على قول زفر. (عيني)

(٧) قوله: "وهو مجتهد فيه" أي بين علمائنا، إما لأن فيه خلاف زفر، أو لأن فيه خلاف أبي يوسف على ما ذكر الخصاف مطلقا، أو على قوله الأول. (عيني)

(٨) قوله: "أقاويل إلخ" منها: أن القاضي إذا لم يكن عالما بالنكاح، فأقامت البينة على النكاح، تقبل في قول أبي حنيفة وحده الأول. ومنها: أنه لو أقامت البينة على المودع، أو المديون الجاحد للنكاح، والنفقة تقبل في قول أبي حنيفة أولا، ثم رجع، وقال: لا تقبل. ومنها: أن البينة على قول أبي يوسف: أولا تقبل، ولكن لا تقضي بالنكاح، كذا في التتمة والفتاوى الصغرى. (عيني)

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما، شرع في بيان ذلك بعد المفارقة. (عيني)

(١٠) قوله: "للمبتوتة" وهي التي طلقها الزوج ثلاثًا، أو طلقها بعوض، وإن كانت بواحدة. (عناية)

(١١) فتجب النفقة والسكنى.

الوطئ[١]، وأما البائن: فوجه قوله[٢]: ما روى[٣] عن فاطمة بنت قيس قالت: "طلقني زوجي ثلاثًا، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى، ولا نفقة"*، ولأنه لا ملك[٤] له[٥]، وهي مرتبة على الملك، ولهذا[٦] لا تجب للمتوفى عنها زوجُها؛ لانعدامه[٧] بخلاف ما إذا كانت حاملا؛ لأنا عرفناه[٨] بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وإن كنّ أولات حمل[٩] فأنفقوا عليهن﴾ الآية. ولنا أن النفقةَ جزاء احتباس على ما ذكرنا[١٠]، والاحتباس قائمٌ في حق حكمٍ مقصودٍ بالنكاح، وهوالولد[١١]، إذ العدة واجبة لصيانة الولد، فتجب النفقة، ولهذا[١٢] كان لها السكنى بالإجماع[١٣]، وصار كما إذا كانت حاملا[١٤].

---

(١) في عدة الرجعي.

(٢) الشافعي.

(٣) أخرجه الجماعة إلا البخاري. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٩ ص٨٣. (نعيم)

(٤) في المبتوتة.

(٥) الزوج.

(٦) أي لعدم الملك.

(٧) الملك.

(٨) أي وجوب نفقة الحامل. (عناية)

(٩) الزوجات المطلقات.

(١٠) في أول باب النفقة. (عيني)

(١١) الحكم المقصود بالنكاح هو التوالد والاستمتاع. (عيني)

(١٢) أي للاحتباس.

(١٣) بيننا وبين الشافعي.

(١٤) قوله: "وصار كما إذا كانت إلخ" اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة، لم يبقَ لتخصيص الحامل في النص فائدة، وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه.

وبيانه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء، فكان يشتبه بأن الحامل أيضًا تستحق ذلك المقدار، أو زيادة، فرفع ذلك، وقال: لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن. (عناية)

وحديث فاطمة بنت قيس[١] ردّه عمر، فإنه قال[٢]: لا ندع كتابَ ربنا[٣]، وسنةَ نبينا بقول امرأة: لا ندرى صدقتْ أم كذبتْ، حفظت أم نَسيتْ، سمعت رسول الله عليه السّلام[٤] يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت فى العدة»*، ورده[٥] أيضًا زيد بن ثابت وأسامةُ ابن زيد وجابرٌ وعائشة.

ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها؛ لأن احتباسها ليس لحقّ الزوج بل لحق الشرع، فإن التربص[٦] عبادة منها[٧]. ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعًى فيه[٨] حتى لا يُشترط[٩] فيه الحيض، فلا تجب نفقتها عليه، ولأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا، ولا ملك له[١٠] بعد الموت، فلا يمكن

---

(١) جواب عن حديث فاطمة.

(٢) قوله: "فإنه قال: لا ندع إلخ" رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى والطحاوى والدارقطنى، لكن ليس فيه نقل عمر رضى الله عنه سمعت إلخ نعم روى جابر أنه عليه السلام قال: «للمطلقة ثلاثًا النفقة والسكنى»، ذكره عبد الحق، كذا قال العينى.

(٣) قوله: "كتاب ربنا" يريد به قوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾، ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى، وذلك يرجع إلى ما يملك به.
أما الإسكان: فلأنه قد يملك إسكانها فى غير ملكه حيث يسكن هو، ولا يملك الإنفاق من غير ملكه، فكان تقديره –والله أعلم– ما تلاه ابن مسعود رضى الله عنه: وأنفقوا عليهن من وجدكم. (عناية)

(٤) بيان السنة.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٦١٠ ص٨٣. (نعيم)

(٥) قوله: "ورده" أى رد حديث فاطمة بنت قيس زيد بن ثابت الأنصارى، وقال مخرج الأحاديث حديث زيد بن ثابت غريب، وأسامة بنت زيد بن حارثة رواه الطحاوى، أن أسامة أنكر مثل ما أنكر عمر بن الخطاب، وجابر بن عبد الله، روى الدارقطنى عن جابر عن النبى ﷺ قال: «لا للمطلقة الثلاثة السكنى والنفقة» وعائشة، أخرج البخارى أن عائشة قالت: "ما لفاطمة ألا تتقى الله يعنى فى قولها: لا سكنى ولا نفقة". (عينى)

(٦) المذكور فى القرآن.

(٧) إلا من المتوفى عنها زوجها.

(٨) أى فى تربص المتوفى عنها زوجها.

(٩) بل عدتها بالأشهر.

(١٠) الزوج.

إيجابها في ملك الورثة.

وكل فرقةٍ جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردةِ، وتقبيل ابن الزوج، فلا نفقة لها[١]؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حقّ، فصارت كما إذا كانت ناشزة[٢]، بخلاف المهر[٣] بعد الدخول؛ لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطئ. وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة[٤] من قبلها بغير معصية كخيار العتق[٥]، وخيار البلوغ، والتفريق لعدم الكفاءة؛ لأنها حبست نفسها بحقٍّ، وذلك[٦] لا يسقط النفقة، كما إذا حبست نفسها[٧] لاستيفاء المهر.

وإن طلقها ثلاثًا، ثم ارتدت -والعياذ بالله- سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها، فلها النفقة، معناه مكنت بعد الطلاق؛ لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث، ولا عمل فيها للردة والتمكين إلا أن المرتدة تُحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة، والممكّنة لا تحبس[٨] فلهذا يقع الفرق.

فصل[٩]

ونفقة الأولاد الصغار على الأب، لا يشاركه فيها أحدٌ، كما

---

(١) قوله: "فلا نفقة لها" إنما لم يتعرض للسكنى؛ لأنها واجبة بأى فرقة كانت؛ لأن القرار فى البيت مستحق عليها، فلا يسقط بمعصيتها، فأما النفقة: فواجبة لها، فسقط ذلك بمعصية من قبلها. (عناية)

(٢) خارجة عن بيت الزوج.

(٣) حيث لا يسقط بالفرقة من قبلها.

(٤) فلها النفقة.

(٥) قوله: "كخيار العتق" نحو أم الولد أعتقت، ونحو المدبرة أعتقت، وهما عند الزوج قد بوأ المولى لهما بيتًا، فاختارتا الفرقة، فلهما النفقة، وخيار البلوغ نحو الصغيرة أدركت، واختارت نفسها، فلها النفقة. (عيني)

(٦) أى حبس بحق.

(٧) فلها النفقة.

(٨) فلها النفقة.

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان نفقة الزوجات، شرع فى بيان نفقة الأولاد. (عناية)

لا يشاركه في نفقة الزوجة؛ لقوله تعالى[١]: ﴿وعَلَى المَوْلُوْدِله رِزقُهُنَّ﴾، والمولود له هو الأب. وإن كان الصغير رضيعا، فليس على أمّه[٢] أن ترضعه؛ لما بينا[٣] إن الكفاية على الأب، وأجرة الرضاع كالنفقة[٤]، ولأنها[٥] عساها لا تقدر عليه[٦] لعذر بها، فلا معنى للجبر عليه[٧].

وقيل في تأويل قوله تعالى: ﴿لا تُضارَّ والِدَةٌ بَولَدِها﴾ بإلزامها[٨] الإرضاعَ مع كراهتها، وهذا[٩] الذي ذكرنا بيانُ الحكم، وذلك[١٠] إذا كان يُوجَدُ من تُرضعه. أما إذا كان لا توجد مَن تُرضعه، تجبر الأم على الإرضاع؛ صيانةً للصبي عن الضّياع[١١]، قال[١٢]: ويستأجر الأب من ترضعه عندها[١٣]. وأما استئجار الأب: فلأن الأجر عليه، وقوله[١٤]:

(١) قوله: "لقوله تعالى إلخ" قيل في وجه الاستدلال: إن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد، وجب عليه رزق الولد بالطريق الأولى، وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه، كان بسبب الولد؛ لأن الحكم ترتب على مشتق، وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك، كما في السارق والزاني.

ويجوز أن يقال: استدل بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف، وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد؛ لأن كلا منهما لا يقبل الاشتراك، فكذلك النفقة الثابتة لهما. (عناية)

(٢) أي لا يجب عليها قضاء.

(٣) يعني قوله: لا يشاركه فيه أحد. (عيني)

(٤) قوله: "كالنفقة" فكما أنه يجب عليه نفقته، إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت. (عناية)

(٥) الأم.

(٦) الإرضاع.

(٧) أي على الإرضاع.

(٨) بيان الضرر.

(٩) أي عدم الجبر.

(١٠) أي عدم وجوب الإرضاع على الأم. (عيني)

(١١) قوله: "عن الضياع" بفتح الضاد مصدر من ضاع يضيع، وأما الضياع بالكسر، فهو جمع ضيعة. (عيني)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) أي عند أم الصغير.

(١٤) أي قول القدوري.

عندها، معناه إذا أرادت[١] ذلك؛ لأن الحجر لها[٢].

وإن استأجرها وهي زوجته، أو معتدتُه؛ لترضع ولدها لم تجز؛ لأن الإرضاع مستحقّ عليها ديانةً، قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ[٣] أَوْلَادَهُنَّ﴾ إلا أنها عذرت؛ لاحتمال عَجزها، فإذا أقْدمتْ عليه بالأجر، ظهرت قدرتُها، فكان الفعل واجبًا عليها، فلا يجوز أخذ الأجر عليه، وهذا[٤] في المعتدة عن طلاقٍ رجعي رواية واحدة؛ لأن النكاح قائم.

وكذا في المبتوتة في روايةٍ، وفي رواية أخرى جاز استئجارها؛ لأن النكاح قد زال، وجهُ الأولى[٥] أنه باقٍ في حق بعض الأحكام[٦].

ولو استأجرها وهي[٧] منكوحتُه، أو معتدتُه لإرضاع ابنٍ له من غيرها جاز؛ لأنه[٨] غير مستحق عليها، وإن انقضت عدتها، فاستأجرها يعني لإرضاع ولدها جاز؛ لأنَّ النكاح قد زال بالكلية، وصارت كالأجنبية.

فإن قال الأبُ: لا أستأجرها[٩]، وجاء[١٠] بغيرها[١١]، فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية، أو رضيت بغير أجر كانت[١٢] هي أحق؛ لأنها

---

(١) الأم.

(٢) أي لأن التربية لها بحق الحضانة. (عيني)

(٣) قوله: "يرضعن إلخ" الخبر بمعنى الأمر على وجه الندب، أو على وجه الوجوب إذا لم يقبل إلا ثدي أمه. (ب)

(٤) أي عدم جواز الإجارة. (عيني)

(٥) رواية أولى.

(٦) قوله: "في حق بعض الأحكام" وهي العدة، ووجوب النفقة والسكنى، وعدم دفع زكاته إليها، وشهادته لها، فلا يجوز استجارها، كما في حال قيام النكاح. (عيني)

(٧) الواو حالية.

(٨) أي لأن إرضاع ابن له من غيرها.

(٩) الأم.

(١٠) الأب.

(١١) الأم.

(١٢) الأم.

أشفق[١]، فكان نظرًا للصبي في الدفع إليها.

وإن التمست زيادة[٢] لم يجبر الزوج عليها[٣]؛ دفعًا للضرر عنه، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿ولا تضار والدةٌ بولدها ولا مولود له بولده﴾ أي بإلزامه[٤] لها[٥] أكثر من أجرة الأجنبية.

ونفقة الصغير واجبة على أبيه، وإن خالفه [٦] في دينه، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج، وإن خالفتهُ في دينه[٧]. أما الولد[٨]: فلإ طلاق ما تلونا ﴿وَعَلَى الْمَوْلُوْدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ الآية، ولأنه[٩] جزءه[١٠]، فيكون في معنى نفسه[١١]. وأما الزوجة: فلأن السبب[١٢] هو العقد الصحيح، فإنه[١٣] بإزاء الاحتباسِ الثابت به، وقد صَحّ العقد بين المسلم والكافرة[١٤]، وترتَّب عليه الاحتباسُ، فوجبت النفقة[١٥]، وفي جميع ما ذكرنا[١٦]، إنما تجب

(١) على الصغير.

(٢) على أجرة الأجنبية.

(٣) قوله: "لم يجبر الزوج عليها إلخ" بل يدفع الصغير إلى الظئر، ترضعه عند الأم؛ لأن الحضانة لها. (عيني)

(٤) بيان ضرر الأب.

(٥) الأم.

(٦) قوله: "وإن خالفه [الأب] في دينه" هذا إذا أسلم الصغير العاقل، وأبوه كافر، أو ارتد -والعياذ بالله تعالى- وأبوه مسلم؛ لأن ارتداده وإسلامه صحيح عندنا. (عيني)

(٧) بأن كانت كتابية.

(٨) أي أما نفقة الولد.

(٩) الصغيرة.

(١٠) الأب.

(١١) قوله: "فيكون في معنى نفسه" وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه، فكذا في نفقة جزءه. (عناية)

(١٢) أي سبب النفقة.

(١٣) النفقة.

(١٤) الكتابية. (عناية)

(١٥) لتحقق السبب.

(١٦) قوله: "وفي جميع ما ذكرنا" أي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته. (عناية)

النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال[١]، أما إذا كان: فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه، صغيراً كان أو كبيراً.

فصل[٢]

وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء، وإن خالفوه في دينه، أما الأبوان: فلقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا مَعْرُوْفًا﴾ نزلت الآية في الأبوين الكافرين[٣]، وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى، ويتركهما يموتان جوعًا. وأما الأجداد والجدات: فلأنهم من الآباء والأمهات، ولهذا يقوم الجدُّ مقام الأب عند عدمه، ولأنهم سبّبوا لإحياءه[٤]، فاستوجَبوا عليه[٥] الإحياءَ بمنزلة الأبوين، وشرط[٦] الفقر؛ لأنه[٧] لو كان ذا مالٍ، فإيجابُ نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره، ولا يمنع ذلك[٨] باختلاف الدين؛ لما تلونا[٩].

---

(١) قوله: "إذا لم يكن للصغير مال" تنكير مال يشير إلى عمومه بوقوعه في سياق النفي، سواء كان من جنس النفقة، أو من غير جنسها، أو دوراً، أو عقاراً، أو ثياباً. قال في "الذخيرة": إذا كان للصغير عقار، أو ثياب، واحتيج إلى ذلك للنفقة، كان للأب أن يبيع ذلك كله، وينفق عليه؛ لأن الأصل أن نفقة الإنسان إلخ، واعترض عليه بأن نفقة المرأة على زوجها، وإن كان لها مال، فالأصل منقوض.

والجواب: أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، وقد تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فتغير، وذلك أن نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس، فما دام الاحتباس قائماً، كانت النفقة واجبة تحقيقاً للمعادلة، ونفقة الولد للحاجة، ولا حاجة مع الغناء. (عناية)

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان نفقة الأولاد، شرع في بيان نفقة الآباء والأجداد والخادم. (عيني)

(٣) نزلت في سعد بن أبي وقاص.

(٤) الرجل.

(٥) أي فاستحقوا على الولد.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) الأب.

(٨) أي وجوب النفقة على الأبوين.

(٩) قوله: "لما تلونا" أراد به قوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفًا﴾. (عناية)

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة، والأبوين، والأجداد، والجدات، والولد، وولد الولد، أما الزوجة: فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد؛ لاحتباسها لحق[1] له[2] مقصود، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة[3].

وأما غيرها: فلأن الجزئية ثابتة[4]، وجُزءُ المرء في معنى نفسه، فكما لا يمتنع نفقةُ نفسه بكفره، لا يمتنع نفقة جزءه إلا أنهم إذا كانوا حربيّين، لا تجب نفقتهم على المسلم، وإن[5] كانوا مستأمنين؛ لأنا نُهِينَا[6] عن البر في حق مَنْ يقاتلنا في الدين.

ولا تجب على النصراني[7] نفقة أخيه المسلم، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني؛ لأن النفقة متعلقة[8] بالإرث بالنص[9]، بخلاف العتق عند الملك[10]؛ لأنه متعلق بالقرابة[11] والمحرمية بالحديث، ولأن

---

(١) وهو الاستمتاع بها بالوطئ وغيره. (عيني)

(٢) أي للرجل.

(٣) بين الزوجين.

(٤) قوله: "ثابتة" أما في حق الولد: فظاهر، وفي حق غيره لشمول الولاد إياهم. (عيني)

(٥) الواو متصلة.

(٦) قوله: "لأنا نهينا إلخ" قال الله تعالى: ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون﴾. واستشكل بقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾، فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين، وإن كانا حربيين. وأجيب: بأن العمل بإطلاقه يفضي إلى التعارض المفضي إلى الشرك الممتنع، فحمل ذلك على أهل الذمة، وهذا على أهل الحرب. (ع)

(٧) قوله: "ولا تجب إلخ" من فروع قوله: ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة، ووقوع العتق عند التملك. (عناية)

(٨) يعني في غير قرابة الولاد. (عناية)

(٩) قوله: "بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾، ولا إرث بين المسلم والذمي، فلا يجب نفقة أحدهما على الآخر. (عيني)

(١٠) قوله: "بخلاف العتق عند الملك" أي بخلاف ما إذا ملك أحدهما الآخر حيث يعتق عليه؛ لأن العتق مرتب على ملك القريب المحرم، وقد وجد، فيعتق، قال عليه السلام: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه». (عيني)

(١١) وقد وجدنا.

القـرابة مـوجِبـة للصِّلة(١)، ومع الاتفـاق فى الدين آكـد(٢)، ودوامُ ملك اليمين أعلى فى القطيعة(٣) من حرمان النفقة، فاعتبرنا فى الأعلى(٤) أصل العلة، وفى الأدنى العلة المؤكدة، فلهذا افترقا. ولا يشارك الولدَ فى نفقة أبويه أحد(٥)؛ لأن لهمـا تأويلا فى مـال الولد بالنص(٦)، ولا تأويلَ لهمـا فى مال غيره(٧)، ولأنه(٨) أقرب الناس إليهما، فكان أولى(٩) باستحقاق نفقتهما عليه، وهى(١٠) على الذكور والإناث بالسوية فى ظاهر الرواية(١١)، وهو الصحيح؛ لأن المعنى يشملهما(١٢). والنفقة(١٣) لكل ذى رحمٍ محرمٍ(١٤)

---

(١) لذوى رحم. (عينى)

(٢) من إيجاب الصلة مع الاختلاف فى الدين. (عيني)

(٣) قوله: "أعلى فى القطيعة إلخ" حاصل معناه إن قطع ذات الرحم فى بقاء ملك اليمين أعلى وأكثر من قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة. (عينى)

(٤) قوله: "فاعتبرنا فى الأعلى" وهو ملك اليمين أصل العلة، وهو نفس ملك القريب؛ لقوة معنى قطع الرحم، حتى عتق القريب المملوك، سواء وجد الاتحاد فى الملة، أو لم يوجد، وفى الأدنى أى اعتبرنا فى الأدنى، وهو النفقة العلة بالمؤكدة، وهى القرابة مع الاتحاد فى الملة، فلهذا أى فلأجل كون حرمان النفقة أضعف من قطع الرحم افترقا أى العتق ووجوب النفقة. (عينى)

(٥) قوله: "أحد" من الإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم. (عناية)

(٦) قوله: "بالنص" وهو قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت ومالك لأبيك»، فكانا غنيين بماله، والغنى لا تجب نفقته على غيره. (عناية)

(٧) الولد.

(٨) الولد.

(٩) قوله: "فكان [الولد] أولى إلخ" لأنها صلة وجبت بالقرابة، فمن كان أقرب، فهو أولى بالاستحقاق. (عناية)

(١٠) أى نفقة الأبوين.

(١١) قوله: "فى ظاهر الرواية" احتراز عما ذكره شمس الأئمة السرخسي فى "شرح الكافى" عن الحسن عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث، وعلى قياس نفقة ذوى الأرحام. (عناية)

(١٢) قوله: "لأن المعنى يشملهما" وبيانه: أن استحقاق الأبوين إنما هو باعتبار التأويل، وحق الملك لهما فى مال الولد؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت ومالك لأبيك»، وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث، فيكونان سواء، ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة، وإن انعدم التوارث. (عناية)

(١٣) مبتدأ وخبره محذوف أى ثابتة.

إذا كان صغيراً فقيراً[(١)]، أو كانت امرأة بالغة فقيرة، أو كان ذكراً بالغًا فقيراً زمِنًا، أو أعمى؛ لأن الصِّلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل[(٢)] أن يكون ذا رحم محرم، وقد قال الله تعالى[(٣)]: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾[(٤)]. وفي قراءة عبد الله بن مسعود[(٥)]: وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك .

ثم لا بد من الحاجة[(٦)] والصغرُ والأنوثةُ والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز، فإن القادر على الكسب غنيٌّ بكسبه، بخلاف الأبوين[(٧)]؛ لأنه يلحقهما تعب الكسب، والولدُ مأمورٌ بدفع الضرر عنهما، فتجبْ نفقتهما مع قدرتهما على الكسب.

قال[(٨)]: ويجب ذلك[(٩)] على مقدار الميراث، ويُجبر عليه[(١٠)]؛ لأن

---

(١٤) قوله: "لكل ذى رحم محرم [هو من لا يحل نكاحه على التأبيد. عناية] إلخ" ولو كان رحمًا غير محرم نحو ابن العم، أو محرما غير ذى رحم نحو الأخ من الرضاع، أو الأخت من الرضاع، أو رحمًا محرمًا، لا من قرابة نحو ابن عم هو الأخ من الرضاع لا تجب النفقة. (عينى)

(١) قوله: "إذا كان صغيرا فقيرا" قيد الصغر بالفقر؛ لأن الصغير الفقير عاجز عن الكسب، والغنى يجب نفقته فى ماله. (عينى)

(٢) بين القريبة والبعيدة.

(٣) دليل على أن الفاصل أن يكون ذا رحم محرم.

(٤) قوله: "وعلى الوارث مثل ذلك" فإن ذلك للإشارة إلى البعيد، فيكون إشارة إلى أول الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾، فيدل على أن على الوارث النفقة، وتقييده بذى الرحم المحرم؛ بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه. (عناية)

(٥) قوله: "وفى قراءة إلخ" ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وقراءته مشهورة، فصارت بمنزلة خبر مشهور على ما عرف، فجاز تقييد إطلاق الكتاب بها. (عينى)

(٦) فى وجوب النفقة.

(٧) قوله: "بخلاف الأبوين إلخ" أى فإن قيل: ما بال الأبوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب، أجاب بقوله: بخلاف إلخ. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) النفقة.

التنصيص[1] على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار، ولأن الغرم[2] بالغُنم والجبر[3]؛ لإيفاء حقٍّ مستحقّ.

قال[4]: وتجب نفقة الابنة البالغة، والابن[5] الزمن على أبويه أثلاثًا على الأب الثلثان، وعلى الأمّ الثلث؛ لأن الميراث لهما[6] على هذا المقدار. قال العبد الضعيف: هذا الذى ذكره[7] رواية الخصّاف[8] والحسن، وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الأب؛ لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له[9] رزقهن وكسوتُهن﴾، وصار[10] كالولد الصغير[11].

ووجه الفرق[12] على الرواية الأولى[13]: أنه اجتمعت للأب فى

(١٠) الإنفاق.

(١) قوله: "لأن التنصيص إلخ" يعنى أن الله تعالى نص على الوارث بقوله: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ تنبيهًا على اعتبار القدر؛ لأنه رتب الحكم على المشتق، فيكون المشتق منه هو العلة، فيثبت الحكم بقدر علته، ولهذا لو أوصى لورثة فلان، وله بنون وبنات، كانت الوصية لهم على قدر الميراث، وعلى هذا إذا كان الرجل زمنًا معسرًا، وله ابن صغير معسر، أو كبير زمن، وللرجل ثلاث إخوة متفرقون موسرون، فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم، وعلى أخيه لأم أسداسا، بحسب ميراثهما. وأما نفقة الولد: فعلى الأخ لأب وأم خاصة؛ لأن ميراث الولد له عند عدم الأب خاصة، فإنه عم لأب وأم، فلا يرث معه العم لأب، ولا العم لأم. (عناية)

(٢) قوله: "ولأن الغرم" بالضم أى الغرم الذى هو الإنفاق فى مقابلة الغنم الذى هو الميراث. (عينى)

(٣) على الإنفاق.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) الكبير.

(٦) الأبوين.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) عن أبى يوسف عن أبى حنيفة. (عينى)

(٩) قوله: "وعلى المولود إلخ" أضاف الولد إليه بحرف اللام، فدل على اختصاصه بهذه النسبة، والنفقة تبتنى على هذه النسبة. (عينى)

(١٠) أى الابن الكبير الزمن.

(١١) فإن نفقته على الأب.

(١٢) قوله: "ووجه الفرق [بين الولد الصغير والكبير. عينى]" أى بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتهما على الأب خاصة، وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت ثلثاه على الأب، وا لثلث على الأم، كما

الصغير ولايةٌ ومؤنة، حتى وجبت عليه[١] صدقة فطره[٢]، فاختص بنفقته[٣]، ولا كذلك الكبير؛ لانعدام الولاية[٤] فيه، فتشاركه[٥] الأم، وفي غير الوالد يُعتبر[٦] قدر الميراث حتى تكون نفقةُ الصغير على الأم والجد أثلاثًا[٧]، ونفقةُ الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسِرات أخماسًا[٨] على قدر الميراث غير أن المعتبر[٩] أهلية الإرث[١٠] في الجملة، لا إحرازه، فإن المعسر إذا كانه له[١١] خال، وابن عم[١٢] تكون نفقتُه على خاله[١٣]، وميراثه[١٤] يُحرزه ابن عمه. ولا تجب نفقتهم[١٥] مع اختلاف

في الإرث. (عناية)

(١٣) أي رواية الخصاف.

(١) أي على الأب.

(٢) الابن الصغير.

(٣) قوله: فاختص [الأب] بنفقته" [الابن الصغير] فإنه كان الصغير بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه، فكذا في النفقة على الصغير. وأما الكبيرة: فليس للأب عليه ولاية لبلوغه، فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه، وميراثه يكون بينهما أثلاثًا، فكذلك نفقته. (عناية)

(٤) أي لا ولاية للأب عليه.

(٥) الأب.

(٦) رواية واحدة. (عيني)

(٧) على الأم الثلث، وعلى الجد الثلثان. (عيني)

(٨) قوله: "أخماسا" يعني ثلاثة الأخماس من الميراث يكون للأخت لأب وأم، والخمس للأخت لأب، والخمس للأخت لأم بالفرض والرد، فكذلك النفقة على هذا التفصيل. (عناية)

(٩) قوله: "غير أن المعتبر إلخ" استثناء من قوله: وفي غير الولد معتبر على قدر الميراث. (عناية)

(١٠) قوله: "أهلية الإرث" قال الأكمل: والمراد بأهلية الإرث أن لا يكون محرومًا، وقال الكاكي: وقيد الإرث بقوله: إن المعتبر أهلية الإرث؛ لأنه لو لم يكن أهلا للإرث بأن كان مخالفًا لدينه، لا تجب النفقة. (عناية)

(١١) الموسر. (ع)

(١٢) الموسر.

(١٣) لأن الخال ذو رحم محرم دون ابن العم.

(١٤) بأن يكون أهلا للإرث لا محرزا.

(١٥) أي نفقة ذوي الرحم المحارم.

الدين؛ لبطلان أهلية الإرث، ولا بد من اعتباره[١]، ولا تجب[٢] على الفقير؛ لأنها تجب[٣] صلة، وهو[٤] يستحقها على غيره، فكيف تستحق[٥] عليه، بخلاف نفقة الزوجة[٦]، وولده الصغير؛ لأنه التزمها[٧] بالإقدام على العقد[٨]؛ إذ المصالح[٩] لا تنتظم دونها[١٠]، ولا يعمل في مثلها الإعسار[١١]، ثم اليسار[١٢] مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف. وعن محمد: أنه قدّره بما يفضل عن نفقة نفسه[١٣]، وعياله شهراً، أو بما يفضل[١٤] عن ذلك[١٥] من كسبه الدائم كلّ يوم؛ لأن المعتبر في حقوق العباد، إنما هو القدرة[١٦] دون النصاب، فإنه للتيسير، والفتوى على الأول[١٧]، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة[١٨].

---

(١) الإرث.

(٢) النفقة.

(٣) النفقة.

(٤) الفقير.

(٥) النفقة.

(٦) فإنها تجب على الفقير أيضاً.

(٧) النفقة.

(٨) النكاح.

(٩) قوله: "إذ المصالح" أي المقاصد من النكاح، وهي التوالد والتناسل والعشرة، وغيرذلك.(ب)

(١٠) النفقة.

(١١) قوله: "ولا يعمل في مثلها إلخ" وأما نفقة ولده الصغير: فلأنها جارية مجرى نفقة الزوجة بدلالة قوله عليه السلام: «خذى من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف». (عناية)

(١٢) أي المراد باليسار في هذا الباب. (عيني)

(١٣) قوله: "بما يفضل [هذا إذا كانت نفقته من مستغلاته. عناية] إلخ" يعني إذا كان له فضل على نفقة شهر له ولعياله، فإنه يجب عليه نفقة ذوي الرحم المحارم، وإلا فلا. (عيني)

(١٤) هذا إذا كان معتملا من كسب يده. (عناية)

(١٥) أي عن نفقته ونفقة عياله. (عيني)

(١٦) على الشيء.

(١٧) قوله: والفتوى على الأول" يعني أن اليسار مقدر بالنصاب. (ع)

وإذا كان للابن الغائب مال، قُضي فيه بنفقة أبويه، وقد بينا الوجهَ فيه[١]، وإذا باع أبوه متاعه[٢] في نفقته جاز عند أبي حنيفة، وهذا استحسان. وإن باعَ العَقارَ لم يجز، وفي قولهما: لا يجوز في ذلك كله، وهو القياس؛ لأنه لا ولاية له[٣]؛ لانقطاعها بالبلوغ[٤]، ولهذا[٥] لا يملك[٦] حال حضرته[٧]، ولا يملك[٨] البيع في دينٍ له[٩] سوى النفقة، وكذا لا تملك الأمُّ في النفقة[١٠].

ولأبي حنيفة: أن للأب ولايةَ الحفظ في مال الغائب، ألا ترى أن للوصيّ ذلك، فالأب أولى لوفور شفقته، وبيعُ المنقول من باب الحفظ[١١]، ولا كذلك العَقار؛ لأنها محصنة بنفسها[١٢].

(١٨) قوله: "نصاب حرمان الصدقة" من أي مال كان، وهو أن يملك ما فضل عن حاجته الأصلية ما يبلغ مائتي درهم من أي مال كان، وهو الصحيح. (عيني)

(١) قوله: "وقد بينا الوجه فيه" يريد به ما تقدم من قوله: ولا يقضى بنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء إلى قوله: ولهذا كان لهم أن يأخذوا، وكان قضاء القاضي إعانة لهم. (عناية)

(٢) أي متاع الابن الغائب. (عيني)

(٣) الأب.

(٤) أي ببلوغ الابن.

(٥) أي لأجل انقطاع ولايته بعد البلوغ.

(٦) الأب البيع.

(٧) ابن بالغ.

(٨) الأب.

(٩) أي للأب على الابن.

(١٠) قوله: "وكذا لا تملك [بيع متاعه] إلخ" مخالف لما ذكر في الأقضية، وما ذكره القدوري من جواز البيع للأبوين، فلعل في المسألة روايتين.

(١١) قوله: "من باب الحفظ" [فإن العين يخشى عليه الهلاك. عيني] اعترض عليه بأنه كذلك لكن الغرض أنه يبيعه لمنفعته، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ. وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة، فبقصده الإنفاق لا يتغير تلك الحقيقة؛ إذ لا تأثير للغريمة في تغيير الحقيقة، لا يقال: عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالاتفاق؛ لأنا نقول: الإتلاف بعد وجوب النفقة، وفي الحال لم تجب، فلا تعارض. (عناية)

(١٢) فلا حاجة إلى بيعها للحفظ.

وبخلاف غير الأب[١] من الأقارب؛ لأنه لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة الصغر، ولا في الحفظ بعد الكبر، وإذا جاز بيعُ الأب[٢]، والثمن من جنس حقه، وهو[٣] النفقة، فله الاستيفاء منه، كما لو باع العَقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية، ثم له أن يأخذ منه بنفقته؛ لأنه من جنس حقّه. وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه، وأنفقا منه لم يضمنا؛ لأنهما استوفيا حقّهما؛ لأن نفقتَهما واجبة قبل القضاء على ما مر[٤]، وقد أخذا[٥] جنس الحقّ.

وإن كان له[٦] مال في يد أجنبي، فأنفق عليهما[٧] بغير إذن القاضي ضمن؛ لأنه تصرف[٨] في مال الغير بغير ولاية؛ لأنه نائب في الحفظ لا غير، بخلاف ما إذا أمره القاضي[٩]؛ لأن أمرَه ملزِم لعموم ولايته، وإذا ضمن لا يرجع على القابض[١٠]؛ لأنه مَلَكه[١١] بالضّمان، فظهر أنه كان متبرعًا به[١٢].

---

(١) فإنه ليس لهم البيع.

(٢) متاع الابن.

(٣) الحق.

(٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما قال: ولهذا كان لهم أن يأخذوا، فكان قضاء القاضي إعانة لهم. (عناية)

(٥) الأبوان.

(٦) أي للابن الغائب.

(٧) الأبوين.

(٨) فيضمن.

(٩) بالإنفاق على الأبوين.

(١٠) أي الأب والأم.

(١١) أي المدفوع.

(١٢) بمال نفسه. (عناية)

وإذا قضَى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة، فمضت مدة سقطت[١]؛ لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار[٢]، وقد حصلت بمضىّ المدة، بخلاف نفقة الزوجة[٣] إذا قضى بها القاضى؛ لأنها تَجب[٤] مع يسارها[٥]، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى.

قال[٦]: إلا أن يأذن القاضى[٧] بالاستدانة عليه؛ لأن القاضى له ولايةٌ عامةٌ، فصارإذنه كأمر الغائب، فيصيرديناً فى ذمّته، فلايسقط بمضى المدة.

فصل[٨]

وعلى المولى أن يُنفق على أمته وعبدِه؛ لقوله عليه السلام فى المماليك[٩]: «إنهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مّما تأكلون[١٠] وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذّبوا[١١] عباد الله»*.

(١) النفقة.

(٢) أى مع يسار هؤلاء.

(٣) يعنى أنها لا تسقط بمضى المدة.

(٤) قوله: "لأنها [نفقة الزوجة] تجب إلخ" أى لأنها تجب فى مقابلة الاحتباس، لا بطريق الاحتباس، ولهذا تجب مع يسار. (عناية)

(٥) الزوجة.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "إلا أن يأذن إلخ" استثناء من قوله: فمضت مدة سقطت، ومعناه إذا أذن القاضى بالاستدانة عليه، لا تسقط نفقتهم أيضاً كنفقة الزوجات، وإن مضت مدة؛ لأن القاضى له ولاية عامة، فصار إذنه بالاستدانة عليه كأمر الغائب بها، ولو أمر الغائب بالاستدانة، صار ديناً فى ذمته لا يسقط بمضى المدة، فكذا إذا أذن القاضى بذلك. (ع)

(٨) قوله: "فصل إلخ" جمع فى هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات، وأخره عن الجميع. (عينى)

(٩) هذا الحديث أخرجه البخارى عن أبى ذر الغفارى. (عينى)

(١٠) قوله. "أطعموهم مما تأكلون إلخ" محمول على الاستحباب، فإن المستحب أن يطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، وقيل: إن هذا خرج مخرج الغالب، فإن أطعمتهم متساوية، وكذا كسوتهم. (عينى)

(١١) هذه الجملة فى رواية أبى داود. (عينى)

فإن امتنع[١]، وكان لهما[٢] كسبٌ اكتسبا وأنفقا؛ لأن فيه نظراً للجانبين، حتى يبقى المملوك حيًا، ويبقى فيه ملك المالك، وإن لم يكن لهما كسب بأن كان عبدًا زمنًا، أو جاريةً لا يؤاجَرُ مثلها أجبر المولى على بيعهما؛ لأنهما من أهل الاستحقاق، وفي البيع إيفاءُ حقِّهما، وإبقاءُ حقِّ المولى بالخلف[٣]، بخلاف نفقة الزوجة[٤]؛ لأنها تصير دينًا، فكان تأخيرًا على ما ذكرنا[٥]، ونفقة المملوك لا تصير دينًا، فكان إبطالا.

وبخلاف سائر الحيوانات[٦]؛ لأنها ليست من أهل الاستحقاق[٧]، فلا يُجبر[٨] على نفقتها إلا أنه يؤمر به[٩] فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه عليه السّلام نهى عن تعذيب الحيوان[١٠]*، وفيه ذلك، ونهى عن

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٦١١ ص٨٤. (نعيم)

(١) عن الإنفاق.

(٢) أي للأمة والغلام.

(٣) وهو الثمن. (عيني)

(٤) **قوله:** بخلاف نفقة إلخ فرق بين نفقة الزوجة والمملوك، في أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق، وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على الزوجة لايجبر على الطلاق بأن في الإجبار على البيع زوال ملك المولى إلى خلف، وهو الثمن، وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف؛ لأن نفقة المملوك لا تصير دينًا على المولى بحال من الأحوال.

وأما في النكاح: ففي الإجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف، وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال إلى خلف؛ لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينًا على الزوج، فكان تأخيرًا. (ع)

(٥) **قوله:** "على ما ذكرنا" إشارة إلى قوله: بخلاف نفقة الأزواج إذا قضى به القاضي؛ لأنها تجب مع يسارها، فلا تسقط، فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد، فكان بالدفع أولى. (عناية)

(٦) حيث لا يجبر على الإنفاق عليها. (عيني)

(٧) **قوله:** "لأنها ليست إلخ" إذ لا بد من القضاء، ومن المقضي عليه، والعبد يصلح، والحيوانات لا تصلح. (عيني)

(٨) المالك.

(٩) أي بالإنفاق على الحيوانات.

(١٠) **قوله:** "نهى عن تعذيب الحيوان" وقد تقدم عن قريب ما رواه أبو داود: «ولا تعذبوا خلق الله»، وفيه ذلك، أي في الامتناع عن إنفاق الحيوانات تعذيب الحيوانات، ونهى عن إضاعة المال، وهو ما رواه البخاري عن المغيرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن الله حرم عليكم إضاعة المال»، وفيه إضاعته، أي

إضاعة المال*، وفيه إضاعته، وعن أبي يوسف[٢] أنه[٣] يجبر، والأصح ما قلنا[٤]، والله أعلم.

كتاب العتَاق[٥]

الإعتاق تصرّف مندوب إليه[٦]، قال عليه السلام[٧]: «أيما مسلم أعتق مؤمنًا أعتق الله بكل عضوٍ منه عضواً منه من النار»**، ولهذا استحبُّوا أن يُعتق الرجل العبدَ، والمرأةُ الأمةَ؛ ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء. قال[٨]: العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط[٩] الحُرية؛ لأن العتق[١٠] لا يصح إلا في الملك، ولا ملك

في ترك الإنفاق على الحيوانات إضاعته. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٦١٢ ص٨٤. (نعيم)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٦١٣ ص٨٤. (نعيم)

(٢) وقاسه على الرقيق.

(٣) مالك.

(٤) قوله: "والأصح ما قلنا" يعني من عدم الجبر؛ لأن إجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء، والقضاء لابد له من مقضى له، وهو من أهل الاستحقاق، وهذا يوجد في الرقيق؛ لكونه من أهل أن يستحق حقًا على المولى، وعلى غيره في الجملة، ألا يرى أنه بالكتابة يستحق حقوقًا على المولى، وإن كان مملوكًا، فأما غير الرقيق، فلايستحق على المولى حقًا، فلا يصح أن يكون مقضيًا له، فانعدم شرط القضاء، فينعدم القضاء.(ع)

(٥) قوله: "كتاب العتاق" ذكر العتاق بعد الطلاق؛ لمناسبته له في أنه إسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق. وتفسيره في اللغة: القوة، يقال: عتق الفرخ إذا قوى، وطار عن ذكره، وفي الشريعة: قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة، والولاية، والقضاء. (ع)

(٦) قوله: "مندوب إليه" يقال: ندبه الأمر، فانتدب له أي دعا له فأجاب. (عيني)

(٧) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٧، والدراية ج٢، الحديث ٦١٤ ص٨٥. (نعيم)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أي الإعتاق. (عناية)

للمملوك، والبلوغ؛ لأن الصبى ليس من أهله؛ لكونه ضررًا ظاهرًا، ولهذا لا يملكه الولى عليه[١]، والعقل؛ لأن المجنون ليس بأهل للتصرف[٢]، ولهذا[٣] لو قال البالغ: أعتقتُ وأنا صبى، فالقول قوله[٤]، وكذا[٥] لو قال المعتق: أعتقتُ وأنا مجنون، وجنونُه كان ظاهرًا[٦]؛ لوجود الإسناد[٧] إلى حالة منافية[٨]، وكذا لو قال الصبى: كلّ مملوكٍ أملكه فهو حر إذا احتلمتُ، لا يصح؛ لأنه ليس بأهلٍ لقولٍ ملزمٍ[٩]، ولا أن يكون العبد فى ملكه، حتى لو أعتق عبدَ غيره لا ينفذ[١٠] عتقُه؛ لقوله عليه السّلام[١١]: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»*. وإذا قال لعبدِه أو أمتِه: أنت حر، أو معتَق، أو عتيق، أو محرَّر، أو قد حرّرتُك، أو قد أعتقتك، فقد عتق، نوى العتق، أو لم ينوِ؛

(١) الصبى.

(٢) والإعتاق تصرف.

(٣) أى لكون البلوغ والعقل شرطًا. (عناية)

(٤) قوله: "فالقول قوله" لأنه لما أسند إلى حالة منافية للإعتاق، كان إنكارا منه للإعتاق، والقول قول المنكر. (عناية)

(٥) أى يكون القول قوله.

(٦) قوله: "وجنونه [الواو حالية] كان ظاهرًا" قيد به؛ لأن جنونه لو لم يكن ظاهرًا لا يسمع كلامه.(ب)

(٧) دليل للمسألتين.

(٨) للإعتاق.

(٩) قوله: "لأنه ليس بأهل إلخ" لأن الصبى يوجب الحجر عن الأقوال. (عناية)

(١٠) قوله: "لا ينفذ" إنما قال: لا ينفذ، ولم يقل: لا يصح، ولا يجوز؛ لأن إعتاق ملك الغير صحيح، وينفذ بإجازة المالك، ولا ينفذ بغير إجازته. (عينى)

(١١) أخرجه أبو داود. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٦١٥ ص٨٥. (نعيم)

لأن هذه الألفاظ صريحة فيه[(١)]؛ لأنها مستعملة فيه شرعًا وعرفًا، فأغنى ذلك عن النيةِ، والوضع[(٢)] وإن[(٣)] كان فى الإخبار[(٤)]، فقد جعل إنشاءً فى التصرفات الشرعية للحاجة، كما فى الطلاق[(٥)] والبيع وغيرهما.

ولو قال: عنيت به[(٦)] الإخبار الباطل، أو أنه حرّ من العمل[(٧)] صدّق ديانةً؛ لأنه يحتمله[(٨)]، ولا يدين[(٩)] قضاءً؛ لأنه خلاف الظاهر.

ولو قال له: يا حرّ، يا عتيق، يعتق؛ لأنه نداء بما هو صريح فى العتق، وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور[(١٠)]، هذا هو حقيقتُه[(١١)]، فيقتضى تحقق الوصف[(١٢)]، وأنه[(١٣)] يثبت من جهته، فيقتضى ثبوته تصديقًا له[(١٤)] فيما أخبر، وسنقرره من بعد[(١٥)]، إن شاء الله تعالى.

---

(١) أى فى الإعتاق.

(٢) أى وضع هذه الألفاظ.

(٣) الواو وصلية.

(٤) فى الأصل.

(٥) قوله: "كما فى الطلاق" فإن قوله: أنت طالق إخبار فى الأصل، ولكنه جعل إنشاء لحاجة الناس إليه والبيع، فإن قول البائع: بعت، وقول المشترى: اشتريت إخبار فى الأصل، ولكنه جعل إنشاء وغيرهما مثل الإجارة ونحوهما. (عينى)

(٦) أى بلفظ من الألفاظ المذكورة.

(٧) أى لا أستعمله في عمل. (عينى)

(٨) قوله: "لأنه يحتمله" أى يحتمل ما قصده باعتبار وضعه الأصلى. (عينى)

(٩) أى لا يصدق. (عينى)

(١٠) أى الحرية مثلا.

(١١) للنادى.

(١٢) كالحرية.

(١٣) أى أن الوصف، وهو الحرية.

(١٤) أى للمولى.

إلا إذا سماه حرًا[١]، ثم ناداه يا حر؛ لأن مراده الإعلامُ باسم عَلَمه، وهو ما لَقَّبه به، ولو ناداه بالفارسية يا آزاد، وقد[٢] لقّبه بالحرّ، قالوا: يعتق، وكذا عكسه[٣]؛ لأنه ليس بنداءٍ باسم عَلَمه، فيعتبر إخبارًا عن الوصف[٤]. وكذا[٥] لو قال: رأسك حرّ، أو وجهك، أو رقبتك، أو بدنك، أو قال لأمته: فرجكِ حرّ؛ لأن هذه الألفاظ[٦] يعبر بها عن جميع البدن، وقد مرَّ في الطلاق[٧]. وإن أضافه[٨] إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء[٩]، وسيأتيك الاختلاف[١٠] فيه، إن شاء الله تعالى.

وإن أضافه[١١] إلى جزء معين، لا يُعَبَّر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا، خلافًا للشافعي، والكلام فيه كالكلام في الطلاق، وقد بيناه[١٢]. ولو قال: لا ملك لي عليك، ونوى به الحرية، عتق، وإن لم

---

(١٥) أي في مسألة: يا ابني يا أخي. (عيني)

(١) قوله: "إلا إذا سماه حرًا [ثم ناداه يا حر! فلا يعتق]" استثناء من قوله: ولو قال له: يا حر إلخ. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "وكذا عكسه" يعني بأن ناداه بقوله: يا حر! وقد لقبه آزاد. (عناية)

(٤) قوله: "فيعتبر إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأنه إذا لم يكن "حر" علمًا له كان قوله: يا حر! إنشاء للحرية، لا إخبارًا عن الوصف. وأجيب بأنه إذا لم يكن علمًا كان المنادى في الحقيقة ذاتًا موصوفة بصفة الحرية، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف، فكان النداء إخبارًا بأن المنادى الموصوف بهذه الصفة. (عناية)

(٥) أي يعتق.

(٦) أي الرأس وأمثاله.

(٧) أي في كتاب الطلاق. (عيني)

(٨) الإعتاق.

(٩) قوله: "يقع في ذلك الجزء" أي يقع العتاق في ذلك الجزءالشائع، ثم يسرى إلى الجميع كمن أعتق جاريته.(ب)

(١٠) قوله: "وسيأتيك الاختلاف" يريد به الاختلاف في تجزئ الإعتاق عند أبي حنيفة وصاحبيه. (عناية)

(١١) الإعتاق.

(١٢) أي في باب إيقاع الطلاق. (عيني)

ينو لم يعتق ؛ لأنه يحتمل أنه[١] أراد لا ملك لى عليك لأنى بعتك، ويحتمل لأنى أعتقتك، فلا يتعين أحدهما[٢] مرادًا إلا بالنية.

قال[٣]: وكذا كنايات العتق[٤]، وذلك مثل قوله: خرجت من ملكى، ولا سبيلَ لى عليك، ولا رقّ لى عليك، وقد خلّيت سبيلك ؛ لأنه يحتمل نفى السبيل، والخروج عن الملك، وتخلية السبيل بالبيع، أو الكتابة، كما يحتمل بالعتق[٥]، فلا بد من النية، وكذا[٦] قوله لأمته: قد أطلقتكِ ؛ لأنه بمنزلة قوله[٧]: خليت سبيلك، وهو المرويّ عن أبي يوسف ؛ بخلاف قوله[٨]: طلقتكِ على ما نبين من بعد[٩]، إن شاء الله تعالى. ولو قال: لا سلطان لى عليك، ونوى العتق لم يعتق ؛ لأن السلطان عبارة[١٠] عن اليد[١١]، وسمى السلطان به[١٢] لقيام يده[١٣]، وقد يبقى الملك

---

(١) القائل.

(٢) البيع والإعتاق.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وكذا كنايات العتق" أى وكذا يقع بها العتق إذا وجدت النية، وإلا فلا. (عينى)

(٥) وبالبيع.

(٦) يعنى إن نوى العتق يقع.

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة قوله: خليت سبيلك" لمناسبة الإرسال تخلية السبيل، بخلاف قوله: طلقتك، فإنها لا تعتق وإن نوى؛ لأنه صار صريحا في الطلاق عن النكاح، فلا يثبت به العتق على ما سيأتى بيانه. (عناية)

(٨) لأمته.

(٩) عند بيان قوله لأمته: أنت طالق.

(١٠) قوله: "عبارة عن اليد" فيه تسامح، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة، كذا قاله الكاكى، وقال الأكمل: يقال لفلان: سلطنته يراد به القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء. (عينى)

(١١) قوله: "عن اليد" فكأنه قال: لا يدلى عليك، ولو قال ذلك، ونوى به العتق لم يعتق؛ لجواز أن تزول اليد، ويبقى الملك. (ع)

دون اليد، كما في المكاتب[١]، بخلاف قوله[٢]: لا سبيل لي عليك؛ لأن نفيه[٣] مطلقًا بانتفاء الملك؛ لأن للمولى على المكاتَب سبيلا[٤]، فلهذا[٥] يحتمل العتق. ولو قال[٦]: هذا ابني، وثبت على ذلك عتق، ومعنى المسألة إذا كان[٧] يولد مثله لمثله[٨]، وإذا كان لا يولد مثله لمثله، ذكره[٩] بعد هذا، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف، يثبت نسبه منه[١٠]؛ لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة، والعبد محتاج إلى النسب[١١]، فيثبت نسبه منه، وإذا ثبت[١٢] عتق؛ لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق، وإن كان له[١٣]

---

(١٢) أي بلفظ السلطان.

(١٣) بتصرفه كيف يشاء.

(١) قوله: "كما في المكاتب" فإن المولى لا يدله على المكاتب، وملكه فيه باقٍ. (عيني)

(٢) فإنه يعتق إن نوى.

(٣) السبيل.

(٤) قوله: "سبيلا" يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة، حتى إذا انتفى عنه ذلك بالبراءة عنه يعتق. (ع)

(٥) قوله: "فلهذا" أي فلأجل أن نفي السبيل مطلقًا بانتفاء الملك يحتمل قوله: لا سبيل لي عليك ت. (عيني)

(٦) قوله: "ولو قال [هذه المسألة من القدوري] إلخ" من قال لعبده الذي يولد مثله لمثله، وليس له نسب معروف: هذا ابني، وثبت على ذلك يثبت النسب، فيعتق عليه، ومعنى قوله: ثبت على ذلك، لم يدع الكرامة والشفقة، كذا في "شرح القدوري" لأبي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق، وقيل: الثبات شرط النسب؛ لكون الرجوع عنه صحيحًا دون العتق، وقيل: هو شرط اتفاقي. (عناية)

(٧) العبد.

(٨) القائل.

(٩) القدوري. (عيني)

(١٠) القائل.

(١١) لأنه ليس له نسب معروف. (عناية)

(١٢) النسب.

(١٣) أي للعبد.

نسب معروف، لا يثبت نسبُه منه للتعذر[١]، ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته، ووجه المجاز نذكره[٢] من بعد، إن شاء الله تعالى.

ولو قال: هذا مولاى، أو يا مولاى عتق، أما الأول: فلأن اسم المولى، وإن كان ينتظم الناصِر[٣]، وابن العم، والموالاة فى الدين[٤] والأعلى[٥] والأسفل[٦] فى العتاقة إلا أنه تعين الأسفل، فصار كاسم خاص له، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة، وللعبد نسب معروف، فانتفى الأول[٧]، والثانى[٨] والثالث[٩] نوع مجاز[١٠].

والكلام لحقيقته، والإضافةُ إلى العبد تنافى كونه[١١] مُعتِقًا، فتعين

---

(١) لأنه ثابت النسب عن الغير. (عينى)

(٢) قوله: "نذكره" يعنى عند بيان الدليل لأبى حنيفة فى قوله: وإن قال لغلام: لا يولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة. (عينى)

(٣) قوله: وإن [الواو متصلة] كان ينتظم إلخ" أشار بهذا إلى أن لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى الناصر، قال الله تعالى: ﴿وإن الكافرين لا مولى لهم﴾ أى لا ناصر لهم، وابن العم قال الله تعالى: ﴿وإنى خفت الموالى من وراءى﴾ أى ابن عمى بعد موتى، كذا قال أهل التفسير. (عينى)

(٤) قوله: "والموالاة فى الدين" يقال له: مولى الموالاة، وصورة الموالاة حر عاقل بالغ مسلم غير معتق لأحد، ولم يعقل عنه، يقول لآخر: أنتِ مولاى، ترث عنى إذا مت، وتعقل إذا جنيت، ويقول الآخر: قبلت، فيكون القائل مولى له، ويرث منه إذا مات، ويعقل عنه إذا جنى. (عينى)

(٥) المعتق بكسر التاء.

(٦) المعتق بفتح التاء.

(٧) أى كون المولى بمعنى الناصر.

(٨) أى كونه بمعنى ابن العم.

(٩) أى كونه بمعنى المولى فى الدين.

(١٠) قوله: "نوع مجاز" لأن المولى مشتق من الولى، وهو القريب، ولا قرب بين المشرقى والمغربى من حيث الحقيقة، ولا من حيث النسب، ولا من حيث المكان، فيتعين القرب من حيث الدين. (عناية)

(١١) العبد.

المولى الأسفل، فالتحق بالصريح[١]، وكذا إذا قال لأمته: هذه مولاتي؛ لما بينا[٢]. ولو قال: عنيت به المولى في الدين، أو الكذبَ يصدّق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصدّق في القضاء؛ لمخالفته الظاهر[٣]

وأما الثاني[٤]: فلأنه لما تعين الأسفل مراداً التحق بالصريح، وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال: يا حر! يا عتيق! فكذا النداء بهذا اللفظ[٥].

وقال زفر: لا يعتق في الثاني[٦]؛ لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله: يا سيدي! يا مالكي!. قلنا: الكلام لحقيقته، وقد أمكن العمل به[٧]، بخلاف ما ذكره[٨]؛ لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق، فكان إكرامًا محضاً[٩].

ولو قال: يا ابني! أو يا أخي! لم يعتق؛ لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته[١٠]، كان لتحقيق ذلك الوصف[١١]

(١) قوله: "فالتحقق بالصريح" يعني بدلالة الحال في المحل، وهو كونه عبدا. (ع)

(٢) أي من الدليل في قوله: هذا مولاي. (عيني)

(٣) أي ظاهر الكلام. (عيني)

(٤) يعني به قوله: يا مولاي. (عناية)

(٥) أي بقوله: يا مولاي. (عيني)

(٦) أي في قوله: يا مولاي. (عيني)

(٧) أي بالكلام بحقيقته.

(٨) قوله: "بخلاف ما ذكره [زفر]" يعني قوله: يا سيدي! يا مالكي! لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه أن معنى قوله: يا مولاي، يا من لي عليه ولاء العتاقة، حيث تعين الأسفل مرادًا، فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق، وهو الولاء، وهو يقتضي سابقية العتق.
بخلاف قوله: يا سيدي! يا مالكي! فإن معناه يا من له السيادة، والملك علي، ولم يثبت به شيء يختص بالعتق، فيحمَل على المجاز، وهو الإكرام والتلطف. (ع)

(٩) فلا يحصل العتق.

(١٠) القائل.

(١١) كالبنوة والأخوة والأبوة.

في المنادي استحضاراً له بالوصف المخصوص، كما في قوله[١]: يا حرّ! على ما بيناه[٢]. وإذا كان النداء بوصف[٣]، لا يمكن إثباته من جهته[٤]، كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه؛ لتعذره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته[٥]؛ لأنه انخلق من ماء غيره، لا يكون ابنًا له بهذا النداء[٦]، فكان لمجرد الإعلام، ويروى عن أبي حنيفة شاذًا أنه يعتق فيهما[٧]، والاعتمادُ على الظاهر[٨].

ولو قال[٩]: يا ابنُ[١٠] لا يعتق؛ لأن الأمر كما أخبرَ، فإنه[١١] ابن أبيه، وكذا[١٢] إذا قال: يا بُنَيَّ! أو يا بنيَّةَ! لأنه تصغير للابن والبنتِ من غير إضافة[١٣]، والأمر[١٤] كما أخبر

(١) قوله: "كما في قوله: يا حر" فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال. (عناية)

(٢) قوله: "على ما بيناه" يعني في قوله: لأنه نداء بما هو صريح، وهو استحضار المنادى إلخ. (ع)

(٣) كالبنوة والأخوة والأبوة.

(٤) القائل.

(٥) القائل.

(٦) قوله: يا ابني.

(٧) قوله: "يعتق فيهما" أي في قوله: يا ابني! يا أخي! والحاصل: أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حر! يا عتيق! يا مولاي!، وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة، وبقوله: يا ابني! يا أخي!. (عناية)

(٨) قوله: "والاعتماد على الظاهر" أي على ظاهر الرواية، وهو الذي ذكره القدوري، وهو المذكور في "نوادر النسفي". (عيني)

(٩) لعبده.

(١٠) قوله: "يا ابن" بالضم، وقطع الإضافة على صورة المنادي المفرد. (عيني)

(١١) عبد.

(١٢) أي لا يعتق.

(١٣) أي ياء المتكلم. (عيني)

وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله : هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالا : لا يعتق، وهو قول الشافعي . لهم أنه كلام محال بحقيقته، فيردّ ويلغو كقوله : أعتقتك قبل أن أخْلَقَ، أو قبل أن تُخْلَق . ولأبي حنيفة أنه[1] كلام محالٌ بحقيقته، لكنه صحيح بمجازه؛ لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه، وهذا[2] لأن البنوة في المملوك سببٌ لحريته[3] . أما إجماعًا أو صلة القرابة[4]، وإطلاقُ السبب وإرادة المسبب مستجازٌ في اللغة تجوّزا[5]، ولأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك[6]، والمشابهة في وصف لازم من طرق المجاز على ما عرف[7]، فيُحمل[8] عليه[9]؛ تحرزًا عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به؛ لأنه لا وجه له في المجاز[10]، فتعين الإلغاء.

وهذا بخلاف[11] ما إذا قال لغيره: قطعتُ يدك[12]، فأخرجهما

---

(١٤) والتصغير قد يكون للشفقة والترحم.

(١) أي أن قوله: هذا ابني الأكبر سنا منه.

(٢) أي الإخبار عن حريته.

(٣) قوله: "سبب حريته" لأنه لا توجد البنوة في المملوك إلا وقد وجد الحرية معها. (عيني)

(٤) قوله: "أو، صلة للقرابة" يعني أن البنوة موجبة للصلة، والعتق صلة، فتكون البنوة موجبة للعتق. (عيني)

(٥) أي مجازًا.

(٦) فذكر الملزوم، وأريد اللازم.

(٧) في الأصول. (عيني)

(٨) أي قوله: هذا ابني. (عيني)

(٩) أي على المجاز، وهو الحرية. (عيني)

(١٠) قوله: "لأنه لا وجه له إلخ" إذ ليس قوله: أعتقتك قبل أن أخلق ملزوما لقوله: أنت حر من حين ملكت؛ لأن الأول يقتضي عدم ورود الملك عليه، والثاني: يقتضي وروده البتة، والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه، وإلا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم، وهو محال. (عيني)

(١١) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" جواب عما يقال: لو كان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة

صحيحتين حيث لم يجعل(١) مجازًا عن الإقرار بالمال والتزامه، وإن(٢) كان القطع سببًا لوجوب المال؛ لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص، وهو الأرش، وأنه(٣) يخالف مطلقَ المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنَتَين، ولا يمكن إثباته بدون القطع، وما أمكن إثباتُه، فالقطع ليس بسبب له.

أما الحرية(٤) لا تختلف ذاتًا وحكمًا، فأمكن جعله مجازًا عنه، ولو قال(٥): هذا أبي أو أمّي، ومثلُه(٦) لا يولد لمثله، فهو على هذا الخلاف(٧)؛ لما بينا(٨)

للمجاز، وإن لم يكن الحكم متصورًا لوجب عليه الأرش في الصورة المذكورة؛ لأن ا لقطع خطأ سبب لوجوب المال، فيكون قوله: قطعت يدك مجازًا عن قوله: لك على خمسة آلاف درهم، واللازم باطل، فالملزوم مثله.

وتقرير جوابه: أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق، بل لما يخالف المال المطلق في الوصف، وهو الأرش حتى وجب على العاقلة في سنتين، وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع، لا يمكن إثباته بدون القطع، فما هو مسبب لا يمكن إثباته، وما يمكن إثباته ليس بمسبب. وحاصله: أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز، فتلغو، أما الحقيقة: فظاهر، وأما المجاز: فلأن قطع اليد خطأ ملزوم للأرش الذى هو ملزوم القطع، واللازم: وهو القطع منتفٍ، فالملزوم :وهو الأرش كذلك. (عناية)

(١٢) الخطأ.

(١) هذا القول.

(٢) الواو متصلة.

(٣) أى أن المال المخصوص.

(٤) قوله: "أما الحرية إلخ" معناه أن الحرية التى جعلنا قوله: هذا ابنى مجازًا عنها، وهى الحرية من حين الملك لا تختلف ذاتًا، وهو زوال الرق، ولا حكمًا وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها، فأمكن جعله أى جعل قوله: هذا ابنى مجازًا عنه أى عن الحرية على تأويل العتق، أو المذكور. (عناية)

(٥) للأصغر سنًا.

(٦) أى مثل القائل.

(٧) بين الإمام وصاحبيه.

(٨) قوله: "لما بينا" يعنى الوجه من الجانبين فى قوله: هذا ابنى. (عناية)

ولو قال: لصبي صغير هذا جدّي، قيل: هو على الخلاف[١]، وقيل: لا يعتق بالإجماع؛ لأن هذا الكلام لا موجب[٢] له في الملك[٣] إلا بواسطة، وهو الأب، وهي غير ثابتة في كلامه[٤]، فتعذر أن يجعل مجازًا عن الموجَب، بخلاف الأبوة والبنوة؛ لأن لهما موجبًا[٥] في الملك[٦] من غير واسطة، ولو قال: هذا أخي، لا يعتق في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: أنه يعتق، ووجه الروايتين ما بيناه[٧]، ولو قال لعبده: هذا ابنتي، فقد قيل: على الخلاف[٨]، وقد قيل: هو[٩] بالإجماع؛ لأن المشار إليه ليس من جنس المسمّى[١٠]، فتعلّق الحكم بالمسمّى، وهو معدوم، فلا يُعتبر، وقد حققناه في النكاح[١١].

---

(١) والوجه ما تقدم. (عناية)

(٢) من بنوة أو حرية.

(٣) أي في المملوك.

(٤) قوله: "وهي غير ثابتة إلخ" وهذا يشير إلى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول: هذا جدي أبي أبي عتق، وقد ذكره بعض الشارحين. (عناية)

(٥) أي الحرية.

(٦) أي في المملوك.

(٧) قوله: "ما بيناه" أما وجه رواية العتق ما ذكره بقوله: وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية إلى آخره، فكذلك ههنا الأخوة في الملك يوجب العتق. وأما وجه رواية عدم العتق: فقوله في مسألة الجد: لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة، وكذلك ههنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أو الأم؛ لأنها عبارة عن المجاورة في صلب، أو رحم، وهذه الواسطة غير مذكورة، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة. (ع)

(٨) بين الإمام وصاحبيه.

(٩) أي عدم العتق. (عناية)

(١٠) قوله: "ليس من جنس المسمى" لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى؛ لما تقدم في كتاب النكاح، والمسمى ههنا معدوم، فلا يكون معتبرًا حقيقة ولا مجازًا عن الابن؛ لعدم الملازمة بينهما. (عناية)

(١١) أي في كتاب النكاح في باب المهر. (عيني)

وإن قال لأمته: أنت طالق، أو بائن، أو تخمّري، ونوى به العتق لم تعتق، وقال الشافعي: تعتق إذا نوى، وكذا على هذا الخلاف[١] سائر ألفاظ الصريح والكناية[٢] على ما قال مشايخهم[٣]. له أنه نوى ما يحتمله لفظُه؛ لأن بين الملكين[٤] موافقةً؛ إذ كل واحد منهما ملك العين، أما ملك اليمين: فظاهر، وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين، حتى كان التأبيدُ من شرطه، والتأقيتُ[٥] مبطلا له، وعملُ اللفظين[٦] في إسقاط ما هو حقّه، وهو الملك، ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط. أما الأحكام تثبت بسبب سابق وهو كونُه مكلفًا، ولهذا[٧] يصلح[٨] لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق، فكذا عكسه[٩].

ولنا أنه نوى[١٠] ما لا يحتمله لفظه؛ لأن الإعتاق لغةً[١١]: إثباتُ القوة،

(١) بيننا وبين الشافعية.

(٢) قوله: "الصريح والكناية" مثل قوله لأمته: أنت مطلقة، وطلقتك، وتقنعي، وخلية، وبرية، وحرام، وما أشبه ذلك. (عيني).

(٣) قوله: "على ما قال مشايخهم" أي مشايخ الشافعية، وإنما قال مشايخهم: لأن المنصوص عن الشافعي لفظ الطلاق فحسب، وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية. (عيني)

(٤) أي ملك النكاح وملك اليمين.

(٥) بأن يجعل له وقت معين.

(٦) قوله: "وعمل اللفظين إلخ" وهو جواب عما يقال: الإعتاق لغةً إثباتُ القوة، ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية، والولاية، والشهادة، فأين يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض، وتقرير الجواب: أن الإعتاق أيضًا إسقاط بدليل صحة التعليق فيهما، وأما الأحكام: فليست بواردة؛ لأنها ثابتة بسبب سابق، وهو كونه آدميا مكلفًا غير أن الإعتاق أزال المانع، فاستوى الإعتاق والطلاق. (كفاية)

(٧) أي لكون العتق محتمل لفظ.

(٨) قوله: "يصلح إلخ" يعني إذا قال لامرأته: أنت حرة، ونوى به الطلاق، صح مجازًا، فكذا عكسه أي صلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق. (عيني)

(٩) قوله: "فكذا عكسه" لأن مبنى المجاز على المناسبة، والشيء لا يناسب شيئًا إلا والشيء الآخر يناسبه. (ع)

(١٠) الإعتاق.

والطلاق[١] : رفع القيد[٢]، وهذا[٣] لأن العبد ألحق بالجمادات، وبالإعتاق يحيي فيقدر[٤]، ولا كذلك المنكوحة، فإنها قادرة، إلا أن قيد النكاح مانع، وبالطلاق يرتفع المانع، فيظهر القوة، ولا خفاء أن الأول[٥] أقوى[٦]، ولأن ملك اليمين[٧] فوق ملك النكاح[٨]، فكان إسقاطه أقوى، و اللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته، لا عما هو فوقه، فلهذا[٩] امتنع[١٠] فى المتنازع فيه، وانساغ فى عكسه.

وإذا قال لعبده: أنت مثل الحر لم يعتق؛ لأن المثل يستعمل

---

(١١) قوله: "لأن الإعتاق لغةً: إثبات القوة" مأخوذ من قولهم: عتق الطير إذا قوى وطار عن وكره، وفي الشرع أيضاً: كذلك لأن العبد إلخ. (ع)

(١) قوله: "والطلاق رفع القيد" أي في اللغة، فإنه مأخوذ من قولهم: أطلقت البعير عن القيد، إذا أحللته، وهو عبارة عن رفع المانع عن الإطلاق، لا إثبات قوة الانطلاق، وكذلك فى الشرع؛ لأن المنكوحة لم تزل مالكة، فإنها قادرة إلخ. (ع)

(٢) قوله: "رفع القيد" وليس بين إثبات القوة الشرعية فى محل لم يكن، وبين رفع المانع؛ لتعمل القوة الثانية فى محلها مناسبة. (عناية)

(٣) أى إثبات القوة.

(٤) على التصرفات قولا وفعلا.

(٥) الإعتاق.

(٦) قوله: "أقوى [من الثاني]" والأدني لا يصلح أن يكون مستعاراً للأعلى. (عناية)

(٧) قوله: "ولأن ملك اليمين إلخ" الفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الأولي منع المناسبة، وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات، والطلاق رفع، فأني يتناسبان.
وفى الثانية: تسليم أن كلا منهما إسقاط، لكن الإعتاق أقوى، وهو ينافي الاستعارة. (عناية)

(٨) قوله: "فوق ملك النكاح" لأن ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة إذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن، وأما ملك النكاح: فلا يستلزم ملك اليمين أصلاً. (عناية)

(٩) قوله: "فلهذا" أى إذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى، ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق، دون عكسه. (عناية)

(١٠) قوله: "امتنع" أى المجاز فى المتنازع فيه أى فى قوله: أنت طالق لأمته، ونوى به العتق، وانساغ أى جاز المجاز في عكسه أى في قوله: أنت حرة لمنكوحة، ونوى به الطلاق. (عيني)

للمشاركة[١] في بعض المعاني عرفًا[٢]، فوقع الشك في الحرية[٣].

ولو قال: ما أنتَ إلا حرٌّ عتق؛ لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد، كما في كلمة الشهادة[٤]. ولو قال: رأسك رأس حرٍّ لا يعتق؛ لأنه تشبيه بحذف حرفه[٥]، ولو قال: رأسك رأسُ حرٍّ عتق؛ لأنه إثبات الحرية فيه؛ إذ الرأس يعبّر به عن جميع البدن.

فصل[٦]

ومن ملك ذا رحم محرم منه[٧] عتق عليه*، وهذا اللفظ مرويّ عن النبي عليه السّلام[٨]، وقال عليه السّلام[٩]: «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حرّ»**، واللفظ[١٠] بعمومه ينتظم كلّ قرابة مؤيّدة بالمحرمية ولادًا[١١]، أو غيره، والشافعي يخالفنا[١٢] في غيره.

---

(١) يقال: زيد مثل عمرو، إذا كانا مماثلين في الجود.

(٢) أي في العرف العام.

(٣) قوله: "فوقع الشك إلخ" هذا إذا لم ينو، وأما إذا نوى الحرة، فقد زال الشك، فيعتق، كذا في "المبسوط".

(٤) أي لا إله إلا الله.

(٥) قوله: "بحذف حرفه" أي حرف، وهو الكاف؛ لأن أصله: رأسك كرأس حر، فصار كقوله: مثل الحر.(ب)

(٦) قوله: "فصل" لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختياري الذي هو الأصل، ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كإرث قريبه، وخروج عبد الحربي إلينا مسلمًا، وولد الأمة من مولاها. (ع)

(٧) قوله: "ذا رحم إلخ" الرحم في الأصل: وعاء الولد في بطن أمه، ثم سميت القرابة، والوصلة من جهة الولاد رحمًا، ومنه ذو الرحم، والمحرم: هو الذي لايجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى.(ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٦١٦ ص٨٥. (نعيم)

(٨) أخرجه النسائي في "سننه" عن ابن عمر. (عيني)

(٩) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سمرة. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٦١٧ ص٨٥. (نعيم)

(١٠) أي لفظ الحديث. (عيني)

(١١) هي القرابة بين الولد والوالدين.

(١٢) أي لا يعتق عنده في غير قرابة الولاد.

له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك يَنفيه القياس[١]، أو لا يقتضيه، والأخوة ما يضاهيها نازلة[٢] عن قرابة الوِلاد، فامتنع الإلحاق[٣] والاستدلالُ، ولهذا امتنع التكاتب[٤] على المكاتَب في غير الوِلاد، ولم يمتنع فيه. ولنا ما روينا[٥]، ولأنه ملك قريبه[٦] قرابة مؤثرةً في المحرمية، فيعتق عليه، وهذا هو المؤثّر في الأصل، والولاد ملغًى؛ لأنها[٧] هي التي يفترض وصلُها، ويحرم قطعُها حتى وجبتِ[٨] النفقة، وحرم النكاح. ولا فرق بينما إذا كان المالك[٩] مسلمًا، أو كافرًا في دار الإسلام[١٠]؛ لعموم العلة[١١].

---

(١) قوله: "ينفيه إلخ" وكل ما ينفيه القياس، لا يلحق به شيء آخر بالقياس، وكل ما هو لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال، أي بدلالة النص إلا إذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه، وههنا ليس كذلك؛ لأن قرابة الأخوة وما يضاهيها إلخ. (عناية)

(٢) أي أدنى درجة.

(٣) أي إلحاق قرابة الأخوة بقرابة الولاد.

(٤) قوله: "امتنع إلخ" يعني إذا ملك المكاتب أباه، أو ابنه، فهو مكاتب، بخلاف الأخ، فإنه لا يتكاتب. (عيني)

(٥) قوله: "ما روينا" وهو قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه». (عيني)

(٦) قوله: ولأنه إلخ" أي لأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية، وكل من فعل ذلك عتق عليه، أما إنه ملك ذلك، فبالإجماع. وأما إن كل من فعل ذلك عتق عليه، فبالقياس على الولاد؛ لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد، والولاد ملغى لأنها إلخ. (عيني)

(٧) أي لأن القرابة المؤثرة في المحرمية.

(٨) قوله: "حتى وجبت" أما حرمة النكاح: فبالإجماع، وأما وجوب النفقة: فمذهبنا، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي، وهو قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ كان ثابتًا البتة، فاستدل به. (عناية)

(٩) وكذا المملوك. (عناية)

(١٠) قوله: "في دار الإسلام" قال في "النهاية": قوله: في دار الإسلام، في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله: ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلمًا، أو كافرًا في دار الإسلام، فإن المسلم إذا أعتق عبدًا حربيا في دار الحرب، لم يعتق عليه. وكذا الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه، لم يعتق عليه، فإنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه، فكذا لا يعتق عليه بالملك. (عناية)

(١١) وهي القرابة المحرمة للنكاح. (عناية)

والمكاتَب[١] إذا اشترى أخاه، ومن يجرى مجراه[٢] لا يتكاتب عليه؛ لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق، والافتراض[٣] عند القدرة، بخلاف الولاد[٤]؛ لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة، فامتنع البيع، فيعتق تحقيقا لمقصود العقد. وعن أبي حنيفة: أنه يتكاتب على الأخ أيضاً، وهو قولهما[٥]، قلنا أن نمنع، وهذا بخلاف[٦] ما إذا ملك ابنةَ عمّه، وهي[٧] أخته من الرضاع؛ لأن المحرمية ما ثبت بالقرابة، والصبي جُعل أهلا لهذا العتق، وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك[٨]؛ لأنه تعلق به[٩] حقُّ العبد، فشابه النفقة[١٠].

---

(١) قوله: "والمكاتب إلخ" جواب عن قوله: ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد، وتقريره: لا نسلم أنه لا يتكاتب عليه، بل قد روى عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الأخ أيضا، ولئن سلمنا، فإنما لا يتكاتب عليه؛ لأن المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق؛ لأنه عبد ما بقى عليه درهم، وإنما ألحق بالهلاك فيما هو المقصود من الكتابة، ومن لا قدرة له على الإعتاق، فلا يعتق عليه؛ لأن فرض المسألة عند القدرة. (عناية)

(٢) كالعم والخال. (عيني)

(٣) أي فرض المسألة.

(٤) قوله: "بخلاف الولاد إلخ" أي فإن قيل: لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد، أجاب بقوله: بخلاف الولاد؛ لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة؛ لأن عتق نفسه لما كان مقصودا بالكتابة؛ لأنه لا يتغير بالرق، فكذلك رق الوالد والولد، فإذا كان من مقاصدها، امتنع البيع، ليعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد، وأما حرية الأخ: فليست من مقاصد عقد الكتابة؛ لعدم لحوق العار برقه، ولحوقه برق ابنه، أو أبيه. (عناية)

(٥) الصاحبين.

(٦) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" جواب نقض إجمالي، تقريره: أنه لو كان تملك ذى الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي أخت من الرضاعة على ابن عمها إذا اشتراها، وليس كذلك.

وتقرير الجواب: أن المراد بالمحرمية محرمية أثرت فيها القرابة، وهذه ليست كذلك؛ لأن الرضاع هو المؤثر، وذكر هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح؛ لأنه كان معلوما من أصل دليله حيث قال: ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية، وهذه لم تكن كذلك. (عناية)

(٧) الواو للحال.

(٨) قوله: "حتى عتق إلخ" أي إذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة، عتق عليهما؛ لأن العلة، وهى تملك ذى الرحم المحرم قد وجد، وقد تعلق به حق العبد، وكان كالنفقة. (ع)

(٩) أي بهذا العتق.

ومَن أعتق[١] عبداً لوجه الله تعالى[٢]، أو للشيطان، أو للصنم عتق؛ لوجود ركن الإعتاق[٣] من أهله في محلّه، ووصفُ القربة[٤] في اللفظ الأول زيادة، فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين[٥].

وعتق المكره والسكران واقعٌ لصدور الركن من الأهل في المحل، كما في الطلاق، وقد بيناه من قبلُ[٦]، وإن أضاف العتق إلى ملكٍ[٧] أو شرطٍ صح، كما في الطلاق. أما الإضافةُ إلى الملك: ففيه خلاف الشافعي، وقد بيناه في كتاب الطلاق، وأما التعليقُ بالشرط: فلأنه[٨] إسقاط، فيجري فيه التعليق[٩]، بخلاف التمليكات[١٠] على ما عرف في موضعه[١١].

وإذا خرج عبد الحربيّ إلينا مسلماً عتق؛ لقوله عليه السلام[١٢] في عبيد

(١٠) قوله: "فشابه النفقة [كالعم والخال]" وهي تجب عليهما بالقرب، فكذا يعتق قريبهما المحرم بالملك. (عيني)

(١) قوله: "ومن أعتق إلخ" أي من قال لعبده: أنت حر لوجه الله تعالى، أو للشيطان، أو للصنم إلخ. (ع)

(٢) أي لرضا الله.

(٣) قوله: "لوجود ركن الإعتاق [فيترتب الإعتاق]" وهو لفظ الإعتاق من أهله، وهو العاقل البالغ المالك، في محله، وهو العبد المملوك. (عيني)

(٤) وهو كونه لوجه الله. (ع)

(٥) يعني الشيطان والصنم. (عناية)

(٦) أي في الفصل الثاني من كتاب الطلاق. (عيني)

(٧) قوله: "وإن أضاف العتق إلى ملك" بأن قال: إن ملكتك فأنت حر، أو أضافه إلى شرط بأن قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر صح، أي وقع كما في الطلاق، بأن قال: إن تزوجتك فأنت طالق، أو قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق. (عيني)

(٨) الإعتاق.

(٩) بالشرط.

(١٠) قوله: "بخلاف التمليكات" حيث لا يجري فيها التعليق لإفضائه إلى معنى القمار؛ لأن في جعله متعلقاً بشرط لا يدرى أيكون أم لا يكون خطراً، وخيار الشرط في البيع نصاً بخلاف القياس، فلا يرد نقضاً. (ب)

(١١) أي أصول الفقه. (عيني)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" عن أبي بكرة: «أنه

الطائف حين خرجوا إليه مسلمين: «هم عتقاء الله»*، ولأنه أحرز نفسه وهو[٢] مسلم، ولا استرقاق على المسلم ابتداء[٣].

وإن أعتق حاملا عتق حملُها تبعًا لها؛ إذ هو[٤] متصل بها، ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها[٥]؛ لأنه لا وجه إلى إعتاقها[٦] مقصودًا؛ لعدم الإضافة إليها[٧]، ولا إليه[٨] تبعًا لما فيه من قلب الموضوع[٩]، ثم إعتاق الحمل صحيح، ولا يصح بيعُه، وهبتُه؛ لأن التسليم نفسَه شرط في الهبة، والقدرةَ عليه في البيع، ولم يوجد[١٠] ذلك بالإضافة إلى الجنين، وشيء من ذلك[١١] ليس بشرط في الإعتاق، فافترقا[١٢].

ولو أعتق الحمل على مال صح[١٣]، ولا يجب المال؛ إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجَنين؛ لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه[١٤] الأم؛ لأنه في

خرج إلى رسول الله ﷺ وهو يحاصر أهل الطائف ثلاثة وعشرون عبداً، فأعتقهم رسول الله ﷺ، فهم الذين يقال لهم: العتقاء، وأخرج أبو داود في الجهاد، والترمذي في المناقب عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: خرج رسول الله ﷺ يوم الحديبية» الحديث، وفي آخره: «عتقاء الله سبحانه». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٦١٨ ص٨٥. (نعيم)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "ابتداء" وقيد بالابتداء بجوازه عليه بقاء؛ لأنه في البقاء من الأمور الحكمية دون الجزائية، فيجوز بقاءه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها. (عناية)

(٤) الحمل.

(٥) أي دون الحامل.

(٦) الحامل.

(٧) الحامل.

(٨) أي لا وجه إلى إعتاقها تبعًا.

(٩) قوله: "لما فيه من قلب الموضوع" لأنه يكون التبع متبوعًا، والمتبوع تابعًا، وهو فاسد. (عيني)

(١٠) أي شرط في البيع.

(١١) أي التسليم والقدرة عليه.

(١٢) أي الإعتاق والبيع والهبة.

(١٣) الإعتاق.

(١٤) المال.

حق العتق نفسٌ على حدة، واشتراطُ بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع(١)، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقلّ من ستة أشهر منه(٢)؛ لأنه(٣) أدنى مدة الحمل.

قال(٤): وولدُ الأمة من مولاها حرٌ؛ لأنه(٥) مخلوقٌ من ماءه(٦)، فيعتق عليه، هذا هو الأصل(٧)، ولا معارض له فيه؛ لأن ولد الأمة لمولاها. وولدُها(٨) من زوجها مملوك لسيدها؛ لترجح جانب الأم باعتبار الحِضانة(٩)، أو لاستهلاك ماءه بماءها(١٠)، والمنافاة متحققة(١١)، والزوج(١٢)

---

(١) قوله: "على ما مر في الخلع" قال السغناقي " هذه حوالة غير رائجة، ثم يحتمل أن يكون مراده أي، في مسألة خلع "الجامع الصغير". قلت: في نفس الأمر يستبعد هذا، وقال الإنزاري: ويجوز أن يكون ذلك إشارة إلى ما ذكره في خلع "كفاية المنتهى"؛ لأنه قبل هذا الكتاب. (عيني)

(٢) أي من وقت العتق. (عناية)

(٣) أي لأن ستة أشهر.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) ولد الأمة.

(٦) المولى.

(٧) قوله: هذا هو الأصل" يعني أن الأصل أن يخلق الولد من ماء صاحب الماء، ولا معارض له فيه أي في الولد؛ لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه؛ لأن ماءها مملوك له، فيكون الماءان له بخلاف أمة الغير؛ لأن ماءها مملوك لسيدها، فتحققت المعارضة. (عناية)

(٨) الأمة.

(٩) قوله: "باعتبار الحضانة [فإن حق الحضانة للأم، لا للأب]" وفيه نظر؛ لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة، فلا يجوز أن يكون مرجحا لما هو قبلها. (عناية)

(١٠) الزوج.

(١١) قوله: "والمنافاة إلخ" جواب عما يقال: الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض، وتقريره: التعارض موجود؛ لأن المنافاة متحققة، فإنه لو اعتبر جانب الأم، كان مملوكا لسيدها، ولو اعتبر جانب الأب، لا يكون مملوكًا لسيدها، فيثبت المنافاة، بخلاف الولد من المولى، فإنه للمولى أي جانب اعتبر. (عناية)

(١٢) قوله: "والزوج إلخ" جواب عما يقال: إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكًا لمولاها تضرر الأب، والضرر مدفوع شرعًا، وتقريره: الزوج قد رضي برقّ الولد حيث أقدم على ترويج الأمة عالما بأن الولد يرق به. وفيه نظر؛ لأن العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع، وكلامنا في شرعيته. (ع)

قد رضي به، بخلاف ولد المغرور؛ لأن الوالد ما رضي به[١].

وولد الحرة حر[٢] على كل حال؛ لأن جانبها[٣] راجح، فيتبعها[٤] في وصف الحرية، كما يتبعها[٥] في المملوكية، والمرقوقية[٦]، والتدبير[٧]، وأمومية الولد، والكتابة، والله تعالى أعلم.

باب العبد يُعتَق بعضُه[٨]

وإذا أعتق المولى بعضَ عبده، عتق ذلك القدر، ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة، وقالا: يعتق كله، وأصلُه[٩] أن الإعتاق[١٠] يتجزأ عنده[١١]، فيقتصر[١٢] على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ[١٣]، وهو قول

(١) قوله: "لأن الوالد ما رضي به" أي لأن المغرور لما تزوج الأمة بلا علم لم يرضَ بإسقاط نصيبه، فصار ولده حرّاً بالقيمة نظراً للجانبين. (عيني)

(٢) أي سواء كان زوجها حرّاً، أو عبداً. (عيني)

(٣) على جانب الزوج.

(٤) الولد.

(٥) الولد.

(٦) قوله: "في المملوكية والمرقوقية" إنما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان، فإن في المدبر وأم الولد الملك كامل، والرق ناقص، وفي المكاتب على عكسه، فعلى هذا يكون قوله: والتدبير، وأمومية الولد، والكتابة كالتفسير لذلك. (عناية)

(٧) قوله: "والتدبير" يعني إذا زوج مدبرته من رجل يكون الولد في حكم أمه، وأمومية الولد يعني إذا زوج المولى أم ولده من رجل يكون الولد في حكم أمه، والكتابة، يعني إذا كاتب المولى أمته، ثم ولدت، دخل الولد في كتابة الأم تبعاً. (عيني)

(٨) قوله: "باب إلخ" أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل؛ لكونه مختلفاً فيه، والمتفق عليه أولى بالتقديم. (عناية)

(٩) الاختلاف.

(١٠) قوله: "أن الإعتاق يتجزأ إلخ" قال صاحب "الميزان": المعنى من قولنا: الإعتاق يتجزأ، ليس هو أن ذات القول يتجزأ، أو حكمه يتجزأ؛ لأنه محال، بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزأ، فيتصور ثبوته في النصف دون النصف.

وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف: هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا، عنده لا يوجب، بل يبقى كل المحل رقيقاً، ولكن زال الملك بقدره، وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل. (ع)

(١١) الإمام.

الشافعي[١]، فإضافته[٢] إلى البعض[٣] كإضافته إلى الكل، فلهذا يعتق كلُّه. لهم[٤] أن الإعتاق إثبات العتق، وهو قوة حكمية، وإثباتُها[٥] بإزالة ضدها[٦]، وهو[٧] الرق الذي هو ضعف حكمي، وهما[٨] لا يتجزآن[٩]، فصار[١٠] كالطلاق[١١]، والعفو عن القصاص والاستيلادِ.

ولأبي حنيفة: أن الإعتاق إثباتُ العتق بإزالة الملك[١٢]، أو هو[١٣] إزالةُ الملك؛ لأن الملك حقُّه[١٤]، والرق حقُّ الشرع[١٥]، أو حقُّ العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف، وهو إزالة حقِّه، لا حقِّ غيره.

---

(١٢) الإعتاق.

(١٣) الإعتاق.

(١) قوله: "وهو قول الشافعي" أي فيما إذا كان المالك واحداً، أو كان المعتق موسراً، فعند ذلك قوله كقولهما، أما لو كان المعتق موسراً، يبقى ملك الساكت كما كان، حتى يجوز له بيعه وهبته. (عيني)

(٢) الإعتاق.

(٣) أي بعض العبد.

(٤) أي للصاحبين والشافعي.

(٥) القوة.

(٦) قوله: "بإزالة ضدها" لأن المحل لا يخلو عن أحدهما، فإزالة أحدهما يوجب إثبات الآخر. (عناية)

(٧) الضد.

(٨) الرق والعتق.

(٩) أي بالاتفاق، فكذلك الإعتاق. (عناية)

(١٠) الإعتاق.

(١١) أي في عدم التجزئ.

(١٢) قوله: "إثبات العتق بإزالة الملك" وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف، أو هو إزالة الملك، لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق، ولا هو إزالة الرق؛ ليلزم عدم التجزئ. (عناية)

(١٣) الإعتاق.

(١٤) المعتق.

(١٥) قوله: "والرق حق الشرع" لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبداً لله جازاه الله تعالى، فصيره عبد عبيده، أو حق العامة لأن الغانمين كما كانوا يختصون غير الرقيق يغتنمونه. (عناية)

والأصلُ أن التصرف يَقتصر على موضع الإضافة، والتعدى إلى ما ورائه ضرورة عدم التجزئ، والملك متجزّئ(١)، كما فى البيع(٢) والهبة(٣)، فيبقى على الأصل(٤).

وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده(٥)؛ لأن الإضافةَ(٦) إلى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله(٧)، وبقاء الملك فى بعضه يمنَعه، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبًا؛ إذ هو مالك يدًا، لا رقبةً. والسعايةُ كبدل الكتابة، فله(٨) أن يستسعيه، وله خيار أن يُعتقه؛ لأن المكاتب قابلٌ للإعتاق غير أنه(٩) إذا عجز(١٠)، لا يردّ إلى

---

(١) قوله: "والملك متجزئ" وهذا كما ترى بناء بكلامه على أحد الأمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب. وتقريره: الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك، والملك متجزئ، فالإعتاق كذلك، وإنما قلنا: بأنه إثبات العتق بإزالة الملك، لا بإزالة الرق؛ لأن الإعتاق تصرف، وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف، فالإعتاق لا يتعدى، وولاية المتصرف إنما يكون على ما هو حقه، وحقه الملك، فولايته إنما يكون على الملك.

وأما إن الملك متجزئ، فذلك بالإجماع، وتقريره الآخر: الإعتاق إزالة الملك، والملك متجزئ؛ فالإعتاق إزالة متجزئ، وإزالة المتجزئ متجز. (عناية)

(٢) إذا باع نصيبه من العبد المشترك يزول ملكه عن البعض الذى باعه. (عينى)

(٣) قوله: "والهبة" كما إذا وهب نصيبه من العبد المشترك لشريكه، يزول ملكه عن البعض. (عينى)

(٤) وهو أن يقتصر التصرف على موضع الإضافة. (عينى)

(٥) الإمام.

(٦) أى إضافة الإعتاق.

(٧) قوله: "توجب ثبوت المالكية فى كله [العبد]" أى باعتبار العتق؛ لأنه لا يتجزأ، وبقاء الملك فى بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية فى الكل باعتبار الرق؛ لأنه لا يتجزأ، فقد اجتمع فى العبد ما يوجب ثبوت المالكية فى الكل وما يوجب بقاء الملك فى الكل، والعمل بالدليلين ممكن بإنزاله مكاتبًا، فعملنا بهما، وجعلناه مكاتبًا؛ لأن المكاتب مملوك رقبة كالمستسعى، فمعتق البعض مالك يدا؛ لأجل السعاية، مملوك رقبة كالمكاتب. (عناية)

(٨) أى للمولى.

(٩) قوله: "غير أنه إلخ" فإن قيل: لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا إذا عجز، أجاب بقوله: غير أنه إذا عجز لا يرد رقيقا؛ لأنه إسقاط لا إلى أحد، والإسقاط لا إلى أحد، ليس فيه معنى المعاوضة؛ لأنها إنما تتحقق بين اثنين، وإذا لم يتحقق فيه المعاوضة، فلا يقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة، فإنها إسقاط من المولى إلى المكاتب، وإقرار على تحصيل بدل الكتابة، فكان فيها معنى المعاوضة، فيقال: ويفسخ. (عناية)

الرق؛ لأنه إسقاط لا إلى أحد، فلا يَقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة؛ لأنه عقد، يقال: ويُفسخ، وليس في الطلاق[1]، والعفوِ عن القصاص حالةٌ متوسطةٌ، فأثبتناه في الكل[2] ترجيحًا للمحرّم[3]، والاستيلاد[4] متجزئ عنده[5]، حتى لو استولد نصيبه من مدبرةٍ، يقتصر عليه[6]، وفي القنة[7] لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملَكه بالضمان، فكمل الاستيلاد[8]. وإذا كان العبد بين شريكين، فأعتق أحدُهما نصيبَه عتق[9]، فإن كان موسراً فشريكه بالخيار، إن شاء أعْتَقَ، وإن شاء ضمن[10] شريكه قيمة نصيبه، وإن شاء استسعى العبدَ، فإن ضمّن رجع المعتقُ على العبد، والولاء للمعتِقِ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما[11]، وإن كان

(١٠) هذا المستسعى.

(١) قوله: "وليس في إلخ" جواب عن قولهم: وصار كالطلاق والعفو عن القصاص، ووجهه: أنه إذا لم يثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين؛ لوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق، وهي الكتابة، فيصار إليها، وليس في الطلاق والعفو ذلك، فأثبتناه في إلخ. (عناية)

(٢) أي الطلاق والعفو.

(٣) على المبيح.

(٤) جواب عن قولهم: والاستيلاد.

(٥) الإمام.

(٦) قوله: "يقتصر عليه [أي على نصيبه المستولد]" يعني أنه إذا ولدت الأمة المدبرة بين رجلين ولداً، فادعاه أحدهما تصير نصف الجارية أم ولد، ونصفها مدبرة لشريكه على أنه لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث، ونصف الآخر في الجملة. (عيني)

(٧) قوله: "وفي القنة إلخ" أي فإن قيل: لو كان الاستيلاد متجزئًا لاطرد في القنة أيضًا، أجاب بأنه لم يتجزئ في القنة؛ لأن المستولد لما ضمن إلخ. (عناية)

(٨) وصار كأنه استولد جارية نفسه.

(٩) نصيبه.

(١٠) المعتق.

(١١) قوله: "فالولاء بينهما" يشير إلى أن الاختلاف في صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال، وإعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعًا. (عناية)

المعتِق معسِرًا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبدَ، والولاء بينهما في الوجهين[١]، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: ليس له إلا الضمان مع اليسار[٢]، والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتِقُ على العبد، والولاء للمعتق، وهذه المسألة[٣] تبتني على حرفين[٤]: أحدُهما: تجزّئ الإعتاق، وعدمُه على ما بيناه[٥]، والثاني: أن يسار المعتِقِ لا يمنع سعايةَ العبد عنده، وعندهما يَمنع. لهما في الثاني قولُه عليه السّلام في الرجل[٦] يُعتق نصيبه: «إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرًا سعى[٧] في حصة الآخر»* قسّم[٨]، والقسمة تنافي الشركة. وله أنه احتَبست ماليةُ نصيبه عند العبد، فله أن يضمنه[٩] كما إذا هبت الريح بثوب إنسان، وألقته في صبغ غيره، حتى انصبغ[١٠] به، فعلى صاحب الثوب قيمةُ صبغ الآخر، موسِرًا كان أو معسِرًا لما قلنا[١١]، فكذا ههنا[١٢]، إلا أن

(١) أي صورة الإعتاق، وصورة الاستسعاء.

(٢) أي يسار المعتق.

(٣) قوله: "وهذه المسألة" أي رجوع المعتق على العبد، وعدم الرجوع عند أداء الضمان. (عيني)

(٤) أي أصلين دقيقين.

(٥) قوله: "على ما بيناه" أي عند قوله في أول الباب: وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده إلى آخره. (عيني)

(٦) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن أبي هريرة. (عيني)

(٧) العبد.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٦١٩ ص٨٦. (نعيم)

(٨) قوله: "قسم [النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم]" الأمرين أعني خلاص العبد، وسعايته بين الحالين أعني يسار المعتق وإعساره، والقسمة تنافي الشركة، فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق. (عيني)

(٩) العبد.

(١٠) الثوب.

(١١) قوله: "لما قلنا" يريد به قوله: وله أنه احتبست مالية نصيبه إلخ. (عيني)

(١٢) قوله: "فكذا ههنا" أي فكما انتفع رب الثوب بالصبغ، فكذا ههنا ينتفع العبد بالعتق. (عيني)

العبد فقير، فيستسعيه[1]. ثم المعتبر يسار التيسير[2]، وهو أن يملك[3] من المال قدرَ قيمة نصيب الآخر، لا يسار الغناء؛ لأن به[4] يَعتدل النظر من الجانبين[5] بتحقيق ما قصده المعتِق من[6] القربة، وإيصالِ بدل حق الساكت إليه، ثم التخريج[7] على قولهما ظاهر، فعدم رجوع المعتِق بما ضمن على العبد؛ لعدم السعاية[8] في حالة اليسار، والولاءُ للمعتِق؛ لأن العتق كلّه من جهته[9]؛ لعدم التجزئ. وأما التخريج على قوله[10]، فخيارُ الإعتاق[11] لقيام ملكه في الباقي؛ إذ الإعتاق يتجزأ عنده[12]، والتضمينُ[13] لأن المعتِقَ جانٍ عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة، ونحو ذلك[14] مما سوى الإعتاق وتوابعه[15]، والاستسعاءُ[16] لما

---

(١) العبد.

(٢) قوله: "ثم المعتبر يسار إلخ" أي الاعتبار في يسار المعتق الذي يجب به عليه الضمان هو يسار التيسير. (ب)

(٣) المعتق.

(٤) أي بيسار التيسير.

(٥) جانب المعتق والساكت. (عناية)

(٦) بيان ما.

(٧) قوله: "ثم التخريج إلخ" يعني إذا علم أن هذه المسألة مبنية على حرفين أي أصلين، بقي الكلام في التخريج، وهو على قولهما ظاهر؛ لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعاً للعتق في النصيبين جميعاً، ويساره مانع عن السعاية، فوجب عليه الضمان، فانتفى السعاية. ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد؛ لعدم السعاية عليه في حال اليسار للأصل الثاني، فلو رجع، لكان عليه السعاية. (عناية)

(٨) على العبد.

(٩) الأصل الأول. (عيني)

(١٠) الإمام.

(١١) أي للشريك. (عناية)

(١٢) الإمام.

(١٣) بالرفع أي وخيار التضمين. (عيني)

(١٤) قوله: "ونحو ذلك" كالتصدق والوصية. (عيني)

بينا . ويرجع المعتِق بما ضمن على العبد؛ لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان[١]، وقد كان له ذلك[٢] بالاستسعاء، فكذلك للمعتِق، ولأنه ملكه[٣] بأداء الضمان ضمناً[٤]، فيصير كأنّ الكلّ له، وقد[٥] أعتق بعضَه.

فله أن يُعتق الباقى، أو يَستسعى إن شاء، والولاء للمعتِق فى هذا الوجه[٦]؛ لأنّ العتق كلّه من جهته حيث ملكه[٧] بأداء الضمان، وفى حال إعسار المعتِق إن شاء[٨] أعتق؛ لبقاء ملكه؛ وإن شاء استسعى؛ لما بينا[٩].

والولاء له[١٠] فى الوجهين[١١]؛ لأن العتق من جهته، ولا يرجع المستسعى على المعتِقِ بما أدّى[١٢] بإجماع بيننا؛ لأنه[١٣] يَسعى لفكاك رقبته،

---

(١٥) قوله: "وتوابعه" أى توابع الإعتاق كالتدبير، والكتابة، والاستيلاد. (عينى)

(١٦) قوله: "والاستسعاء" معطوف على قوله: والتضمين، وقوله: لما بينا إشارة إلى قوله: وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد، وهو مبنى على الأصل الثانى. (عناية)

(١) إلى الساكت.

(٢) قوله: "وقد كان له [أى للساكت] ذلك" أى أخذ القيمة بالاستسعاء بناءً على الأصل الثانى، فكذا من قام مقامه. (عناية)

(٣) العبد.

(٤) قوله: "ضمناً" جواب عما يقال: المكاتب لا يقبل النقل، والمستسعى كالمكاتب، فكيف قبل ذلك؟ وتقريره أن ذلك ضمنى، والضمنيات لا تعتبر. (عناية)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى إذا ضمن للمعتق.

(٧) العبد.

(٨) أى الشريك الساكت.

(٩) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: احتبست مالية نصيبه إلخ. (عناية)

(١٠) أى للشريك الساكت.

(١١) أى الإعتاق والاستسعاء فى نصيبه. (عينى)

(١٢) إلى الشريك الساكت.

أو لا يَقْضى[1] دينًا على المعتِقِ؛ إذ لا شيء عليه لعسرته، بخلاف المرهون[2] إذا أعتقه الراهنُ المعسِر؛ لأنه يَسعى في رقبة قد فُكّت، أو يقضى دينًا على الراهن، فلهذا يرجع عليه[3]، وقولُ الشافعي في الموسِر كقولهما. وقال[4] في المعسِر: يبقى نصيب الساكتِ على ملكه يُباع ويُوهب؛ لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك[5] لإعساره، ولا إلى السعاية؛ لأن العبد ليس بجانٍ، ولا راضٍ به[6]، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالسّاكت، فتعين ما عيناه[7]. قلنا[8]: إلى الاستسعاء سبيل؛ لأنه لا يفتقر[9] إلى الجناية[10]، بل يبتنى على احتباس المالية[11]، فلا يُصار إلى الجمع[12] بين القوة الموجبة[13] للمالكية، والضعف السالب[14] لها في

---

(١٣) العبد.

(١) العبد.

(٢) العبد.

(٣) الراهن.

(٤) أي الشافعي. (عيني)

(٥) المعتق.

(٦) قوله: "ولا راضٍ به" أي بالإعتاق؛ لأن الرضاء إنما يتحقق بعد العلم، والمولى منفرد بالإعتاق، فلا يكون العبد عالمًا به، فلا يكون راضيًا به. (عناية)

(٧) يعني عتق ما عتق، ورق ما رق. (عناية)

(٨) جواب الشافعي.

(٩) أي في وجوده.

(١٠) كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسرًا. (عناية)

(١١) وهو موجود.

(١٢) قوله: "فلا يصار إلخ" قال الكاكي: قوله: فلا يصار إلى الجمع إلخ يعني كونه حرًا في نصفه، رقيقًا في نصفه. (عيني)

قوله: "فلا يصار" أي إذا كان إلى الاستسعاء سبيل، فلا يصار إلخ.

(١٣) الحاصلة من إعتاق البعض. (عناية)

شخص واحد. قال[١]: ولو شهد[٢] كلّ واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق[٣]، سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه، موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة، وكذا إذا كان أحدهما موسرًا، والآخرُ معسرًا؛ لأن كلّ واحد منهما يزعم أن صاحبَه أعتق نصيبه، فصار[٤] مكاتبًا في زعمه عنده[٥]، وحرم عليه الاسترقاق، فيُصَدّق في حقّ نفسه، فيُمنع من استرقاقه[٦] ويَستسعيه[٧]؛ لأنا تيقنا بحقّ الاستسعاء، كاذبًا كان أو صادقًا؛ لأنه[٨] مكاتَبه[٩]، أو مملوكه، فلهذا يستسعيانه، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار؛ لأن حقّه[١٠] في الحالين[١١] في أحد شيئين[١٢]؛ لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده[١٣]، وقد تعذر التضمين[١٤]؛ لإنكار

(١٤) بصحة البيع وأمثاله.

(١) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٢) أي أقر. (عيني)

(٣) أي بالإعتاق.

(٤) العبد.

(٥) الإمام الأعظم.

(٦) العبد.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "لأنه" أي لأن العبد مكاتبه على تقدير الصدق، أو مملوكه على تقدير الكذب، وكسب المملوك لمولاه، وهذا لف ونشر مشوش. (عيني)

(٩) قوله: "مكاتبه أو مملوكه" لأن المولى إذا كان كاذبا في قوله: أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى. والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى، وإذا كان صادقًا في قوله: أعتق شريكي يكون مقرًا بأن العبد صار مكاتبًا باعتبار تجزئ الإعتاق عند أبي حنيفة، فكان الاستسعاء حينئذٍ بمنزلة أخذ بدل الكتابة، وذلك جائز أيضًا. (عناية)

(١٠) المولى.

(١١) أي في حال اليسار والإعسار.

(١٢) التضمين أو الاستسعاء.

(١٣) الإمام الأعظم.

الشريك، فتعين الآخرُ، وهو السعاية، والولاءُ لهما[1]؛ لأن كلا منهما يقول: عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه، وولاؤه له، ووعتق نصيبي بالسعاية، وولاؤه لي. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانا موسِرين، فلا سعاية عليه[2]؛ لأن كلّ واحد منهما[3] يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه؛ لأن يسار المعتِق يمنع السعاية عندهما[4] إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر، والبراءةُ عن السعاية قد تثبت لإقراره على نفسه.

وإن كانا معسرين، سعى[5] لهما؛ لأن كل واحد منهما يدعى السعايةَ عليه[6]، صادقًا كان أو كاذبًا، على ما بيناه[7]، إذا المعتِق معسِر.

وإن كان أحدهما موسِرًا والآخرُ معسِرًا، سعى للموسِر منهما؛ لأنه[8] لا يدعى الضمان على صاحبه؛ لإعساره، وإنما يدعى عليه السعايةَ، ولا يتبرأ عنه[9]، ولا يسعى للمعسِر منهما؛ لأنه[10] يدعى

(١٤) قوله: "وقد تعذر إلخ التضمين إلخ" اعترض عليه بأنه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف، فإنه لما أنكر، يحلف، فإذا نكل، وجب الضمان.

وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف، ولم يجب الضمان على تقدير الحلف، فتتعين السعاية، فلا فائدة في التحليف، بل يتعين السعاية بلا تحليف؛ لأن مآله إليه. (ع)

(١) أي للشريكين.

(٢) العبد.

(٣) الشريكين.

(٤) الصاحبين.

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) قوله: "على ما بيناه" يريد به قوله: لأنا تيقنا بحق الاستسعاء، كاذبًا كان أو صادقًا، كذا في "النهاية"، وقيل: هو إشارة إلى قوله: لأنه مكاتبه أو مملوكه. (عناية)

(٨) الموسر.

(٩) أي عن السعاية.

(١٠) المعسر.

الضمان على صاحبه؛ ليساره[١]، فيكون[٢] مبرّئًا للعبد عن السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما؛ لأن كل واحد منهما يُحيله[٣] على صاحبه، وهو[٤] يتبرأ عنه[٥]، فيبقى[٦] موقوفًا إلى أن يتفقا[٧] على إعتاق أحدهما. ولو قال أحد الشريكين: إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً، فهو حرّ، وقال الآخرُ: إن دخل[٨]، فهو حر، فمضى الغد، ولا يدرى أ دخل[٩] أم لا، عتق النصفُ، وسعى لهما فى النصف، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: يسعى فى جميع قيمته[١٠]؛ لأنه المقضى عليه[١١] بسقوط السعاية مجهول[١٢]، ولا يمكن القضاء على المجهول، فصار كما إذا قال لغيره: لك على أحدنا ألف درهم، فإنه لا يقضى بشيءٍ للجهالة، كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية؛ لأن أحدهما حانثٌ بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف، كيف يقضى بوجوب الكل؟

---

(١) أى ليسار الصاحب.

(٢) المعسر.

(٣) الولاء.

(٤) أى صاحبه.

(٥) لأنه جاحد.

(٦) الولاء.

(٧) الشريكان.

(٨) فلان هذه الدار.

(٩) فلان.

(١٠) قوله: "يسعى فى جميع قيمته" بينهما نصفين إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شيء، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، سعى فى نصف قيمته للموسر منهما؛ لأن المعسر يتبرأ عن السعاية، والموسر يدعيها، فإن يسار المعتق عنده أيضاً يمنع وجوب ا السعاية، ووجه قول محمد: إن كانا معسرين أن المقضى عليه إلخ. (عناية)

(١١) وهو الحانث منهما. (عناية)

(١٢) لأنه إما هذا، أو هذا.

والجهالةُ ترتفع[١] بالشيوع والتوزيع[٢]، كما إذا أعتق أحد عبديه، لا بعينه[٣]، أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر، أو البيان، ويتأتى التفريع فيه[٤] على أن اليسار هل يَمنع السعاية أو لا يَمنعها على الاختلاف الذي سبق[٥]. ولو حلفا على عبدين[٦]، كل واحد منهما لأحدهما لم يعتق واحد منهما؛ لأن المقضى عليه[٧] بالعتق مجهولٌ، وكذلك المقضى له[٨]، فتفاحشت الجهالة، فامتنع القضاء، وفي العبد الواحد[٩] المقضى به معلوم، فغلب المعلوم المجهول. وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما، عتق نصيب الأب؛ لأنه مَلك شِقصَ قريبه، وشراءُه إعتاقٌ على ما مر[١٠].

(١) قوله: "والجهالة ترتفع إلخ" هذا جواب عن قوله: لأن المقضي عليه مجهول، وتقريره: أن الجهالة ترتفع بالشيوع، أي بشيوع النصف الذي عتق، والتوزيع، أي وبتوزيعه؛ لأن بالتوزيع يصير المقضي عليه المولیان، ولا جهالة فيهما. (عيني)

(٢) قوله: "والتوزيع" فإن قيل: في التوزيع فساد، وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق، وإيجابه للمعتق. وأجيب بأن ذلك محتمل ضرورة دفع الضرر عن العبد، وذلك لأنا لو لم نقل بالتوزيع، وقلنا بوجوب كل السعاية، كما قال محمد، كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه، وأما إذا قلنا بالتوزيع، فقد كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجه، فكان التوزيع أولى. (عناية)

(٣) قوله: "لا بعينه" بأن قال لعبديه: أحدهما حر، ولم يعينه، أو عينه أي لو قال: أحدهما حر، وعينه ونسيه، أي نسيه الذي عينه، ومات قبل التذكر، أو البيان، فإنه يعتق من كل واحد منهما نصفه، ويسعى كل واحد منهما في نصفه. (عيني)

(٤) أي في هذا الوجه. (عيني)

(٥) قوله: "على الاختلاف الذي سبق" وهو أن اليسار لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة، وعندهما يمنع. (عيني)

(٦) قوله: "ولو حلفا إلخ" يعني إذا كان لكل واحد منهما عبد على حدة، فقال أحدهما: إن دخل فلان الدار غدا، فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يدخل فعبدي حر، فمضى الغد، ولم يدر الدخول وعدمه. (عيني)

(٧) هو المولى. (عيني)

(٨) وهو العبد. (عيني)

(٩) قوله: "وفي العبد الواحد" بين اثنين المقضى عليه، وكذا المقضى به، وهو عتق نصف العبد معلوم، فغلب المعلوم المجهول؛ لأن المعلوم أكثر من المجهول. (عيني)

(١٠) في فصل من ملك ذا رحم محرم. (عيني)

ولا ضمـان عليـه[(١)] علم الآخـر أنه ابن شـريكه، أو لم يَعلم[(٢)]، وكذلك إذا ورثاه[(٣)]، والشريكُ بالخيار إن شاء أعتق نصيبَه، وإن شاء استسعى العبد، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: في الشراء[(٤)] يضمن الأب نصفَ قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً، سعى الابن في نصف قيمته لشريكِ أبيه. وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه[(٥)] بهبةٍ[(٦)]، أو صدقةٍ، أو وصيةٍ، وعلى هذا إذا اشتراه[(٧)] رجلان، وأحدُهما[(٨)] قد حلف بعتقه إن اشترى نصفَه[(٩)]. لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق؛ لأن شراء القريب إعتاق، وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين، فأعتق أحدهما نصيبه[(١٠)].

وله أنه[(١١)] رضي بإفساد نصيبه، فلا يضمنه، كما إذا أذن[(١٢)] له[(١٣)]

(١) أي على الأب.

(٢) يعني بالاتفاق. (عناية)

(٣) قوله: "وكذلك إذا ورثاه إلخ" صورته امرأة اشترت ابن زوجها، فماتت عن أخ وزوج، كان النصف للزوج، ويعتق عليه، أو امرأة لها زوج وأب، ولها غلام، وهو أبو زوجها، فماتت المرأة، صار غلامها ميراثًا بين زوجها وأبيها. (عناية)

(٤) أي لا في صورة الوراثة.

(٥) أي إذا ملك الأب، والآخر ابنه. (عيني)

(٦) قوله: "بهبة" أي بأن وهبه لهما رجل، أو صدقة بأن تصدق به شخص عليهما، أو وصية بأن أوصى به شخص لهما. (عيني)

(٧) العبد.

(٨) الواو للحال.

(٩) قوله: "إن اشترى نصفه [العبد]" إنما قيد بالنصف؛ لأنه إذا حلف بعتقه، ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه؛ لأن الشرط شراء كل العبد، ولم يوجد. (ع)

(١٠) قوله: "فأعتق أحدهما نصيبه" فإن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، فيضمن لصاحبه قيمة نصيبه إن كان موسرًا، وإلا فالعبد يسعى. (عيني)

(١١) أي أن الشريك الآخر.

(١٢) أحد الشريكين.

(١٣) أي للشريك الآخر.

بإعتاق نصيبه صريحًا[١]، ودلالةُ ذلك[٢] أنه شاركه[٣] فيما هو علة العتق، وهو الشراء؛ لأن شراء القريب إعتاق، حتى يخرج به[٤] عن عهدة الكفارة عندنا[٥]، وهذا ضمان إفساد[٦] في ظاهر قولهما[٧]، حتى يختلف باليسار والإعسار، فيسقط بالرضاء.

ولا يختلف الجواب بين العلم[٨] وعدمه، وهو ظاهر الرواية[٩] عنه؛ لأن الحكم يدار على السبب[١٠]، كما إذا قال لغيره: كُلْ هذا الطعامَ، وهو[١١] مملوك للآمر، ولا يعلم الآمر بملكه.

وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفَه[١٢]، ثم اشترى الأب نصفَه الآخر،

---

(١) قوله: "بإعتاق نصيبه صريحًا" بأن قال له: أعتق نصيبك، فأعتقه لا يضمن. (عناية)

(٢) أي الدليل على رضاه بإفساد نصيبه. (عناية)

(٣) قوله: "أنه شاركه إلخ" والمشاركة في علة العتق رضى بالعتق لا محالة، والمراد بالعلة، علة العلة؛ لأن الشراء علة التملك، والتملك في القريب علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة، إذا لم يصلح العلة الإضافة إليها، وههنا كذلك؛ لأن التملك حكم شرعي، يثبت بعد بمباشرة علته بغير اختيار، بخلاف الإرث، فإنه لا إعتاق هناك، ولهذا لا يخرج به عن الكفارة. (عناية)

(٤) أي بشراء القريب.

(٥) خلافًا للشافعي. (عيني)

(٦) قوله: "وهذا ضمان إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عما يقال: إنما كان الرضى مسقطًا للضمان أن لو كان ضمان إفساد. وأما إذا كان ضمان تملك، فلا يسقط به، كما لو استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه، فإنه لا يسقط به الضمان؛ لأنه ضمان تملك؛ إذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد، لا للعتق، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق، وهو غير موضوع له، فكان ضمان تملك. (عناية)

(٧) قوله: "في ظاهر قولهما" قيد بقوله: في ظاهر قولهما؛ لأنه روى عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار، فلا يسقط الضمان. (عناية)

(٨) أي بالقرابة. (عناية)

(٩) قوله: "وهو ظاهر الرواية" وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالمًا بالقرابة، وبين ما إذا لم يكن عالمًا بها في حكم الضمان؛ لأن الرضاء لا يتحقق إلا إذا كان عالمًا بها. (عناية)

(١٠) أي العلة، والسبب قد وجد. (عناية)

(١١) الواو حالية.

(١٢) أي نصف ابن الرجل.

و(١) هو(٢) موسِر، فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمّن الأب؛ لأنه ما رضي بإفساد نصيبه، وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته؛ لاحتباس ماليته عنده(٣)، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن يسار المعتِق لا يمنع السعاية عنده، وقالا: لا خيار له، ويضمن الأب نصف قيمته؛ لأن يسار المعتِق يمنع السعاية عندهما.

ومَن اشترى نصفَ ابنه، و(٤) هو(٥) موسر، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يضمن إذا كان موسراً، ومعناه(٦) إذا اشترى نصفَه ممن يملك كله(٧)، فلا يضمن(٨) لبائعه شيئًا عنده(٩)، والوجهُ قد ذكرناه(١٠).

وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر، فدبر أحدهم، و(١١) هو موسِر، ثم أعتقه الآخر، و(١٢) هو موسر، فأرادوا الضمان(١٣)، فللساكت أن يضمن المدبر

(١) الواو حالية.

(٢) الأب.

(٣) الابن.

(٤) الواو حالية.

(٥) أي المشتري.

(٦) قوله: "ومعناه إلخ" هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير"، وأوضحها المصنف بقوله: ومعناه إلخ.(ب)

(٧) قوله: "فمن يملك كله" لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه، يضمن للساكت بالإجماع.(ع)

(٨) أي المشتري الأب.

(٩) قوله: "عنده" أي عند أبي حنيفة؛ لأنه رضي بإفساد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق، وعندهما يضمن؛ لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق. (عيني)

(١٠) قوله: "قد ذكرناه" إشارة إلى قوله: لهما أنه أبطل، وله أنه رضي. (عناية)

(١١) الواو حالية.

(١٢) والواو للحال.

(١٣) قوله: "فأرادوا الضمان" أي أرادا لأن مريد الضمان إنما هو الساكت، والمدبر دون المعتق، فكان المراد

ثلث قيمته قِنّا، ولا يضمن المعتِق، وللمدبِّر أن يضمن[١] المعتِقَ ثلث قيمته[٢] مدبّرًا، ولا يضمنه الثلث الذى ضمن[٣]، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: العبد كله للذى دبره[٤] أول مرة، ويضمن ثلثى قيمته لشريكَيْه، موسرًا كان أو معسرًا. وأصلُ هذا أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة، خلافًا لهما كالإعتاق[٥]؛ لأنه شُعبةٌ من شُعبه، فيكون معتبرًا به، ولما كان[٦] متجزئًا عنده[٧]، اقتصر على نصيبه، وقد أفسد[٨] بالتدبير نصيبَ الآخرين، فلكل واحد منهما أن يُدَبِّر نصيبه، أو يُعتِق، أو يكاتب، أو يضمّن المدبّر، أو يستسعىْ العبد، أو يتركه على حاله؛ لأن نصيبه[٩] باقٍ على ملكه فاسدًا بإفساد شريكه[١٠]، حيث سد[١١] عليه[١٢] طرقَ الانتفاع

بالجمع التثنية، أو أطلق الجمع بطريق التغليب. (عناية)

(١) قوله: "أن يضمن" وبيانه: أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين دينارًا مثلا، فإن الساكت يضمن المدبر تسعة، والمدبر يضمن المعتق ستة؛ لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة قن، فبالتدبير تلف منه تسعة، فكان الإتلاف بالإعتاق واقعا بثلثى قيمة المدبر، وهى ثلثا قيمة القن، وهو ثمانية عشر دينارًا، وثلثها ستة، فيضمن المدبر المعتق بتلك الستة فقط، ولا يضمن التسعة. (حاشية چلپى بر شرح وقاية)

(٢) قوله: "ثلث قيمته [العبد] إلخ" وبيان ذلك أن قيمة العبد إذا كانت سبعة وعشرين دينارًا مثلا، فإن الساكت يضمن المدبر تسعة، والمدبر يضمن المعتق ستة، وذلك لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن؛ لما يذكره، فبالتدبير تلفت منه تسعة، فكان الإتلاف بالإعتاق واقعًا على قيمة المدبر، وهى ثلثا قيمة القن، وهو ثمانية عشر، وثلث ثمانية عشر ستة، فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط، ولا يضمن التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمن إياها. (عناية)

(٣) للساكت.

(٤) والإعتاق باطل.

(٥) فإنه يتجزأ عنده خلافًا لهما.

(٦) التدبير.

(٧) الإمام.

(٨) أى المدبر بكسر الباء.

(٩) كل واحد.

(١٠) الذى دبر.

به[١] بيعًا وهبةً على ما مر[٢]. فإذا اختار أحدهما العتق تعيّن حقّه فيه[٣]، وسقط اختيار غيره، فتوجه للساكت سببا ضمان: تدبير المدبِّر، وإعتاقُ هذا المعتِق، غير أن[٤] له[٥] أن يضمن المدبر؛ ليكون الضمان ضمان معاوضة؛ إذ هو[٦] الأصل حتى جعل الغصب[٧] ضمان معاوضة على أصلنا، وأمكن ذلك[٨] في التدبير[٩]؛ لكونه قابلا للنقل من ملكٍ إلى ملكٍ وقت التدبير، ولا يمكن ذلك[١٠] في الإعتاق؛ لأنه[١١] عند ذلك[١٢] مكاتبٌ، أو حرّ على اختلاف الأصلين[١٣]، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل

---

(١١) أي الذي دبر.

(١٢) أي على كل أحد من الآخرين.

(١) أي بالعبد.

(٢) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: لأن المعتق جان عليه بإفسادنصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة إلخ.(ع)

(٣) أي في العتق.

(٤) قوله: "غير أن إلخ" بيان حصر الزمان على المدبر بعد ما كان الإعتاق أيضًا سبب الضمان، وتقرير ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة، وضمان المعتق ضمان جناية وإتلاف، والأصل في الضمان هو ضمان المعاوضة، فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز. وأما إن ضمان المدبر ضمان معاوضة، فلأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير، وهو كان قابلا للنقل، فكان ضمانه مقابلا بذلك، فانعقد سبب الضمان موجبا لملك المضمون، بخلاف زمان الإعتاق، فإنه يضمن ما أتلفه، وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر، وذلك غير قابل للنقل، فكان ضمانه ضمانًا من غير تملك المضمون، وذلك خالص ضمان الجناية. (ع)

(٥) أي للساكت.

(٦) أي ضمان المعاوضة.

(٧) قوله: "حتى جعل الغصب إلخ" وقال الكاشاني: الدليل على أن الغصب ضمان معاوضة مسألة المأذون، وهي أن إقراره بالغصب يصح، مع أن إقراره بالضمان بالإتلاف مؤخر إلى ما بعد العتق(ب)

(٨) أي كون الضمان ضمان المعاوضة.

(٩) أي في ضمان التدبير.

(١٠) أي النقل من ملك إلى ملك.

(١١) العبد.

(١٢) الإعتاق.

(١٣)قوله: "مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين" يعني أن معتق بعض العبد مكاتب عند أبي

الانتقال، فلهذا يضمن[١] المدبِّرَ.

ثم للمدبّر أن يضمن المعتِقَ ثلث قيمته[٢] مدبرًا؛ لأنه أفسد عليه نصيبَه مدبّرًا، والضمان يتقدر بقيمة المتلَفِ، وقيمة المدبّر ثلثا قيمته قنًّا على ما قالوا[٣]، ولا يضمنه[٤] قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت؛ لأن ملكه[٥] ثبت[٦] مستندًا[٧]، ولهذا ثابتٌ من وجه[٨] دون وجه[٩]، فلا يظهر[١٠] في حق التضمين. والولاء بين المعتِق والمدبِّر أثلاثًا، ثلثاه للمدبّر، والثلث للمعتِق؛ لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار[١١]،

حنيفة، وعندهما حر عليه دين. وقال الإمام جلال الدين ابن المصنف: قوله: مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين غير مستقيم، وكذا قوله: ولا بد من رضا المكاتب نتيجة؛ لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب، ولا حر، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعي عند أبي حنيفة، وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا ينفسخ بالعجز، ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال: لأنه عند ذلك مدبر. (عيني)

(١) الساكت.

(٢) العبد.

(٣) قوله: "على ما قالوا" إشارة إلى أن فيه اختلافًا، قال بعضهم: نصف قيمة القن؛ لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله، ومنفعة الإجارة وما شاكلها، وقد زال أحدهما، وهو البيع، وبقي الآخر، وقال بعضهم: قيمة الخدمة، ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والظن.

والأصح ما قاله في الكتاب؛ لأن منفعة الوطئ والسعاية باقية، ومنفعة البيع زائلة، وقيل: الفتوى على الأولى. (عناية)

(٤) قوله: "ولا يضمنه إلخ" يعني أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت، و ثلث قيمته قنا، ملك المدبر نصيب الساكت، واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد، وله أن يضمن قيمة ما كان له في الأصل، وهو الثلث مدبرًا؛ لأن نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا، وفسد بالإعتاق، فيضمن، وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك عن الساكت بأداء الضمان. (عناية)

(٥) المضمون.

(٦) أي وقت التدبير. (عيني)

(٧) أي المستند.

(٨) نظرًا إلى حال أداء الضمان.

(٩) نظرًا إلى حال التدبير.

(١٠) هذا الملك.

(١١) قوله: "على هذا المقدار [أي على التثليث]" فإن قيل: لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر،

وإذا لم يكن التدبير متجزئًا عندهما(١)، صار كلُّه(٢) مدبَّرًا للمدبِّر(٣)، وقد أفسد نصيب شريكَيه(٤)؛ لما بينا(٥)، فيضمنه(٦)، ولا يختلف(٧) باليسار والإعسار؛ لأنه ضمان تملك(٨)، فأشبه الاستيلاد(٩)، بخلاف الإعتاق(١٠)؛ لأنه ضمان جناية(١١)، والولاء كله للمدبر، وهذا ظاهر(١٢).

وإذا كانت جارية بين رجلين، زعم أحدُهما أنها أم ولد لصاحبه، وأنكر ذلك الآخر، فهي موقوفة يومًا(١٣)، ويومًا تخدم للمنكِر عند أبي حنيفة. وقالا: إن شاء المنكِر استسعى الجاريةَ في نصف قيمتها، ثم

كان للمعتق ثلثا الولاء؛ لأنه أدى إلى المدبر ثلث قيمته مدبرًا. أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدبر ضمان إتلاف، لا ضمان معاوضة؛ لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك، فلم يملك المعتق شيئًا بمقابلة ما ضمن. وأما المدبر: فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندًا إلى وقت التدبير على ما مر، فصار كأنه دبر ثلثيه، من الابتداء، فيثبت له ثلثا الولاء، وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر، لا ينتقل إلى المعتق. (عناية)

(١) الصاحبين.

(٢) العبد.

(٣) المدبر بكسر الباء.

(٤) المعتق والساكت.

(٥)قوله: "لما بينا" أراد به عند قوله: فيما مضى عن قريب: العبد الذى دبر أول مرة، ويضمن ثلثي قيمته لشريكه، موسرًا كان أو معسرًا. (عينى)

(٦) أي فيضمن نصيب شريكيه.

(٧) هذا الضمان.

(٨) قوله: "لأنه ضمان تملك" أي ضمان التدبير ضمان تملك؛ لأنه يملك كسبه وخدمته، فلا يختلف باليسار والإعسار. (عناية)

(٩) قوله: "فأشبه الاستيلاد" أي فأشبه هذا الضمان ضمان الاستيلاد بأن كانت جارية بين اثنين، فجاء بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه، ويضمن قيمتها لشريكه. (عينى)

(١٠) أي بخلاف ضمان الإعتاق.

(١١) وهو لا يختلف باليسار والإعسار.

(١٢) فإنه ملك كله.

(١٣)قوله: "فهي موقوفة يومًا" أي ترفع عنها الخدمة. (عناية)

تكون حرةً، لا سبيل عليها[١] . لهما[٢] : أنه لما لم يصدقه صاحبُه انقلب إقرار المقِرّ عليه كأنه استولدها، فصار كما إذا أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع، يجعل كأنه أعتق، كذا هذا، فيمتنع الخدمة[٣]، ونصيبُ المنكر على ملكه في الحكم، فيخرج إلى الإعتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت[٤] . ولأبى حنيفة أن المقِرّ لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر[٥]، ولو كذب كان له نصف الخدمة[٦]، فيثبت ما هو المتيقن به، وهو النصف[٧]، ولا خدمةَ للشريك الشاهد ولا استسعاء؛ لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد[٨] والضمان، والإقرارُ بأمومية الولد[٩] يتضمن الإقرار بالنسب، وهذا[١٠] أمر لازم، ولا يرتد بالرد، فلا يمكن أن

(١) أى للمقر بالاستسعاء. (عناية)

(٢) قوله: "لهما أنه إلخ" تقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاد صح، فإذا أضافه إلى من يملك، ولم يصدق ذلك انقلب إقراره عليه. (عناية)

(٣) قوله: "فيمتنع الخدمة إلخ" أى إذا انقلب إقرار المقر على نفسه، امتنع الخدمة للمنكر؛ لأن المقر صار بإقراره كالمستولد لها، ولا يمكن للمنكر تضمين المقر؛ لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاد، فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية، فيخرج إلخ. (عناية)

(٤) قوله: "كأم ولد النصراني إذا أسلمت" تخرج إلى العتق بالسعاية؛ لتعذر إبقاءها في يد المولى، وملكه بعد إسلامها، وإصراره على الكفر. (ع)

(٥) لأنها أم ولد له. (عيني)

(٦) لأنها قنة بينهما.

(٧) فتخدم يومًا للمنكر.

(٨) قوله: "بدعوى إلخ" أى أما عن الخدمة: فبدعوى الاستيلاد، وأما عن الاستسعاء: فبدعوى الضمان، ففي كلامه لف ونشر على ما ترى. (ع)

(٩) قوله: "وللإقرار إلخ" جواب عن قولهما: كأنه استولدها يعنى أنه لما أقر بأمومية الولد تضمن إقراره بها الإقرار بالنسب، والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد، حتى إن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل، وكذبه المقر له، ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح؛ لأن ا لنسب لا يرتد بالرد، فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد. (عناية)

(١٠) الإقرار بالنسب.

يُجعل المِقر كالمستولِد.

وإن كانت أم ولد بينهما[١]، فأعتقها أحدُهما، وهو موسرٌ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة. وقالا: يضمن نصف قيمتها؛ لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده، ومتقومة عندهما

وعلى هذا الأصل تبتنى عدةٌ من المسائل أوردناها في "كفاية المنتهى"[٢]. وجه قولهما[٣]: إنها منتفع بها[٤] وطئًا، وإجارةً، واستخدامًا، وهذا هو دلالة التقوّم، وبامتناع بيعها[٥] لا يسقط تقومها، كما في المدبَّر[٦]، ألا ترى أن أم ولد النصرانى إذا أسلمت عليها السعاية[٧]، وهذا آية التقوم غير أن قيمتها[٨] ثلثُ قيمتها قنة على ما قالوا؛ لفوات منفعة البيع[٩] والسعاية بعد الموت[١٠]، بخلاف المدبّر[١١]؛ لأن

---

(١) بأن ولدت جارية بين الرجلين ولداً فادعياه. (عناية)

(٢) قوله: "أوردناها في كفاية المنتهى" وكفاية المنتهى اليوم مفقود، ولكن المسائل التي تبتنى على الأصل مشهورة مذكورة في الكتب. منها: أنه إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده، وعندهما تسعى، ومنها: إذا ولدت بعد ذلك، فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه، وعتق، ولا يضمن من قيمته شيئًا لشريكه عنده، وعندهما تمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسراً، ويسعى الولد في النصف إذا كان معسراً، ومنها: لو غصبها غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده، ويضمنها عندهما. (عيني)

(٣) في تقوم أم الولد. (عناية)

(٤) بالاتفاق.

(٥) قوله: "وبامتناع بيعها إلخ" أي إن عورض بأن بيعها ممتنع، وذلك دليل على عدم التقوم أجاب بقوله: وبامتناع إلخ. (عناية)

(٦) فإنه يمتنع بيعه، وهو متقوم. (عيني)

(٧) كما مر.

(٨) بيان لمقدار القيمة. (عناية)

(٩) ويبقى الاستخدام.

(١٠) قوله: "والسعاية بعد الموت" أي موت المولى فإنها لا تسعى للغرماء، ولا للورثة. (عيني)

(١١) فإن قيمته ثلثا قيمته قنًا.

الفائت[١] منفعة البيع، أما السعاية والاستخدام: فباقيان[٢].

ولأبي حنيفة أن التقوم بالإحراز[٣]، وهي محرزة للنسب، لا للتقوم، والإحراز للتقوم تابع، ولهذا[٤] لا تسعى[٥] لغريم، ولا لوارثٍ، بخلاف المدبّر[٦]، وهذا[٧] لأن السبب فيها[٨] متحقق في الحال، وهو الجزئية الثابتة[٩] بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة[١٠]، إلا أنه لم يظهر عملُه في حقِّ الملك[١١] ضرورة الانتفاع، فعمل السبب في إسقاط التقوم، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت[١٢]، وامتناعُ البيع[١٣] فيه لتحقق مقصوده[١٤]، فافترقا[١٥]، وفي أم ولد

---

(١) أي في المدبر

(٢) قوله: فباقيان فإنه يسعى للغرماء، ويخدم مولاه إلى أن يموت. (عيني)

(٣) قوله: "أن التقوم إلخ" يعني أن التقوم بالإحراز للتمول، والإحراز للتمول في أم الولد؛ لأنها محرزة للنسب لا للتمول. وقوله: لا للتقوم معناه لا للتمول، وكذلك في قوله: والإحراز للتقوم تابع أي ليس بمقصوده؛ لأنه إذا خصها، واستولدها ظهر أن إحرازه للاستمتاع بملك المتعة، لا لقصد التمول. (عناية)

(٤) أي لكونها محرزة للنسب. (عيني)

(٥) أم الولد.

(٦) قوله: بخلاف المدبر جواب عن قولهما: كما في المدبر يعني بخلاف المدبر، فإنه ليس بمحرز للنسب، ولهذا يتعلق به حق الغرماء. (عناية)

(٧) إشارة إلى الفرق بين أم الولد والمدبر. (عناية)

(٨) أم الولد.

(٩) بين المولى وأم الولد.

(١٠) قوله: على ما عرف في حرمة المصاهرة" لأنه لما حصل الولد من مائين، بحيث لا يتمازج أحدهما عن الآخر صار أصوله وفروعه كأصولها وفروعها، وبالعكس. (عيني)

(١١) قوله: في حق الملك أي في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع، كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك، ولا ضرورة في عدم إسقاط التقوم، فعمل فيه السبب. (عناية)

(١٢) قوله: ينعقد السبب إلخ" لأن قوله: إن مت فأنت حر تعليق محض، والمعلق بالشرط لا ينعقد سبباً عندنا قبل وجوده على ما عرف. (عناية)

(١٣) قوله: "وامتناع إلخ" جواب عن قولهما: وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها، وتقريره كان القياس أن لا

النصراني[١] قضينا بمكاتبتها عليه[٢]؛ دفعًا للضرر من الجانبين، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم.

باب عتق[٣] أحد العبدين

ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان، فقال: أحدكما حرّ، ثم خرج واحد، ودخل آخر، فقال: أحدكما حرّ، ثم مات[٤]، ولم يبين، عتق من الذي أعيد[٥] عليه القول[٦] ثلاثةُ أرباعه، ونصفُ كل واحد من الآخرين[٧] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: كذلك[٨] إلا في

يمتنع بيع المدبر إلا أنه إنما امتنع تحقيقًا لمقصوده؛ إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر، وهو العتق بعد موته. (ع)

(١٤) المدبر.

(١٥) جواب عما قاسا عليه. (عناية)

(١) إذا أسلمت.

(٢) قوله: "قضينا بمكاتبتها عليه" ليس المراد به حقيقة الكتابة، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة، كانت في معنى الكتابة، وإنما فعلنا هذا؛ دفعًا للضرر عن الجانبين.

أما في حق أم الولد: فلئلا يبقى تحت نصراني، وهي مسلمة، وأما في حق النصراني: فلئلا يبطل ملكه مجانا، فلما كانت هي بمعنى المكاتبة كان ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقوم ما يقابله؛ لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر، وفك الحجر غير متقوم، فلذلك قلنا: إن مكاتبتها لم تفتض تقوم أم ولد النصراني، فاطرد ما قلنا. (عناية)

(٣) قوله: "باب عتق" لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق أحد العبدين، وقدم الأول؛ لأن الواحد قبل الاثنين. (عناية)

(٤) قوله: "ثم مات إلخ" أي يؤمر المولى بالبيان ما دام حيًّا؛ لأنه هو المجمل، فيرجع في البيان إليه، ويعتق الذي عينه، فإن بين الكلام الأول في الخارج عتق الخارج، ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني، ويعتق عليه من عينه، وإن بين الكلام الأول في الثابت عتق الثابت، وبطل الكلام الثاني؛ لأنه صار خبرًا، فلا يستحق به العتق، كما لو جمع بين حر وعبد، وقال: أحدكما حر، لا يعتق العبد. وإن بدأ ببيان الكلام الثاني، وقال: عنيتُ بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل، ويؤمر ببيان الكلام الأول، وإن قال: عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني، وتعين الخارج للكلام الأول، فيعتق الخارج أيضًا، وإن مات المولى، ولم يبين عتق إلخ. (عناية)

(٥) أي الثابت.

(٦) أي قوله: أحد كما حر.

(٧) أي الداخل والخارج.

(٨) أي يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه، ومن الخارج نصفه. (عناية)

العبد الآخر[١]، فإنه يعتق ربعه[٢]. أما الخارج: فلأن الإيجاب الأول دائرٌ بينه وبين الثابت، وهو الذى أعيد عليه القول، فأوجب[٣] عتق رقبةٍ بينهما[٤]؛ لاستواءهما، فيصيب[٥] كلا منهما النصف، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربعا آخر؛ لأن الثانى دائر بينه وبين الداخل، فيتنصّفُ[٦] بينهما[٧] غير أن الثابت استحق نصفَ الحرية بالإيجاب الأول، فشاع النصفُ المستَحَقُّ بالثانى فى نصفيه، فما أصاب المستحق بالأول[٨] لغا[٩]، وما أصاب الفارغ بقى، فيكون له الربع، فتمت له ثلاثة الأرباع.

ولأنه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه[١٠]، ولو أريد به[١١] الداخل لا يعتق هذا[١٢] النصف، فيتنصّف[١٣]، فيعتق منه الربع بالثانى، والنصف بالأول. وأما الداخل: فمحمد يقول: لما دار الإيجاب الثانى بينه وبين الثابت، وقد أصاب الثابت منه الربع، فكذلك يصيب الداخل[١٤].

(١) أى الداخل.

(٢) لا نصفه.

(٣) الإيجاب الأول.

(٤) أى بين الخارج والثابت.

(٥) الإيجاب الأول.

(٦) أى الإيجاب الثانى.

(٧) أى بين الثابت والداخل.

(٨) بالعتق الأول.

(٩) لأن تحرير الحر محال.

(١٠) أى نصفه الباقى.

(١١) أى بالإيجاب الثانى.

(١٢) أى النصف الباقى من الثابت.

(١٣) النصف الباقى.

(١٤) فيعتق ربع الداخل.

وهما[١] يقولان: إنه[٢] دائر بينهما[٣]، وقضيته[٤] التنصيف، وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصفَ بالإيجاب الأول، كما ذكرنا[٥]، ولا استحقاق للداخل من قبلُ، فيثبت فيه النصف.

قال[٦]: فإن كان القولُ منه في المرض[٧]، قسم الثلاث على هذا، وشرحُ ذلك أن يجمع بين سهام العتق، وهي سبعة على قولهما؛ لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فنقول: يعتق من الثابت ثلاثة أسهم، ومن الآخرين[٨] من كل واحد منهما سهمان، فيبلغ سهام العتق سبعة، والعتقُ في مرض الموت وصيةٌ، ومحل نفاذها الثلث، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف[٩] ذلك، فيجعل كلّ رقبة على سبعة،

(١) أي الشيخان.

(٢) أي أن الإيجاب الثاني.

(٣) أي بين الثابت والداخل.

(٤) أي قضية الدوران.

(٥) أي عند ذكر قوله: لأن الثاني. (عيني)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) قوله: "فإن كان القول منه [المولى] في المرض [ولا مال له سوى هذه العبيد]" فإن كانوا يخرجون من الثلث، فالجواب كذلك، فإن لم يخرجوا كان الثلث، وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم؛ لأن العتق حينئذٍ وصية، والوصية تنفذ من الثلث، فيضرب كل بمقدار وصيته، فيجعل أولاً كل رقبة على أربعة أسهم لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فالخارج يضرب بنصف الرقبة، وهو سهمان.

وكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الأرباع، وهي ثلاثة أسهم، فمجموع سهام الوصايا سبعة، فإذا كان الثلث سبعة، كان الجميع أحداً وعشرين وثلثاه أربعة عشر لا محالة، فيعتق من الخارج سهمان، ويسعى في خمسة، وكذلك الداخل، يعتق من الثابت ثلاثة أسهم، ويسعى في الأربعة.

وأما على قول محمد: فيضرب الخارج بسهمين، والثابت بثلاثة أسهم، والداخل بسهم، فكان سهام الوصايا ستة، وإذا كان الثلث ستة، كان جميع المال ثمانية عشر، فالخارج يعتق منه سهمان، ويسعى في أربعة، والثابت يعتق منه الثلاثة، ويسعى في ثلاثة، والداخل يعتق منه سهم، ويسعى في خمسة، فكان نصيب السعاية، وهو نصيب الورثة اثنى عشر، وسهام الوصايا ستة. (عناية)

(٨) أي الداخل والخارج.

(٩) أي الثلثان.

وجميع المال أحد وعشرون، فيعتق من الثابت ثلاثة، ويسعى في أربعة، ويعتق من الباقيين(١) من كل واحد منهما سهمان، ويَسعى في خمسة، فإذا تأملتَ وجمعتَ استقام الثلث والثلثان. وعن محمد: يجعل كل رقبة على ستة؛ لأنه يعتق من الداخل عنده سهم، فنقصت سهام العتق بسهم، وصار جميع المال ثمانية عشر، وباقي التخريج ما مر(٢).

ولو كان هذا في الطلاق(٣)، وهنّ غير مدخولات، ومات الزوج قبل البيان، سقط من مهر الخارجة رُبعه، ومن مهر الثابتة ثلاثةُ أثمانه(٤)، ومن مهر الداخلة ثمنه، قيل: هذا قول محمد خاصة، وعندهما يسقط ربعه(٥)، وقيل: هو قولهما أيضًا، وقد ذكرنا الفرق(٦)، وتمام تفريعاتها(٧)

---

(١) أي الداخل والخارج.

(٢) أي يعلم مما مر. (عيني)

(٣) قوله: "ولو كان هذا [أي هذا الكلام. عناية] إلخ" وصورته: رجل له ثلاث نسوة، وهن غير مدخولات بهنّ، فقال لامرأتين منهن: إحداكما طالق، ثم خرجت واحدة منهن، ودخلت الثالثة، فقال: إحداكما طالق. (عيني)

(٤) الثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق. (عناية)

(٥) أي ربع مهر الداخلة.

(٦) قوله: "وقد ذكرنا الفرق" أي بين العتق والطلاق، وهو أن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب؛ لأنه حين تكلم، كان له حق البيان، وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان، كان كل واحد من العبدين حرًا من وجه عبدًا من وجه؛ فإن كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحًا من كل وجه، لأنه دائر بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع، والداخل النصف؛ لما قلنا.
فأما الثابتة في الطلاق: فمترددة بين أن تكون منكوحة، وبين أن تكون أجنبية؛ لأن الخارجة إن كانت المرادة بالإيجاب الأول، كانت الثابتة منكوحة، فيصح الإيجاب الثاني. وإن كانت الثابتة هي المرادة بالإيجاب الأول، كانت أجنبية، ويلغو الإيجاب الثاني، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه، فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه، فيسقط نصف النصف، وهو الربع موزعًا بين مهر الداخلة والثابتة، فيصيب كل واحدة منهما الثمن.(ع)

(٧) قوله: "وتمام تفريعاتها [أي هذه المسألة]" منها ميراث النساء، وهو الربع، والثمن ينقسم بين الداخلة، وبين الأوليين نصفين: نصفه للداخلة؛ لما مر في أنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين، والنصف الآخر بين الأوليين؛ لأن إحداهما ليست بأولى. (عناية)

في "الزيادات[١]".

ومَنْ قال لعبديه: أحدكما حرّ، فباع أحدَهما، أو مات، أو قال له: أنت حرّ بعد موتي، عتق الآخر؛ لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت، وللعتق من جهته[٢] بالبيع، وللعتق من كل وجه بالتدبير[٣]، فتعين الآخر، ولأنه[٤] بالبيع قَصَد الوصول إلى الثمن، وبالتدبير إبقاء[٥] الانتفاع إلى موته، والمقصودانِ ينافيانِ العتقَ الملتزمَ، فتعين له[٦] الآخر دلالة، وكذا إذا استولد[٧] أحدهما للمعنيين[٨]. ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبضِ، وبدونه، والمطلق، وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب[٩]، والمعنى ما قلنا. والعرض على البيع ملحق به[١٠] في المحفوظ عن أبي يوسف[١١]، والهبةُ والتسليم[١٢] والصدقةُ والتسليمُ بمنزلة البيع؛

(١) أي في "شرح الزيادات". (عيني)

(٢) أي من جهة الذي قال: أحدكما حر. (عيني)

(٣) قوله: "وللعتق من كل وجه إلخ" أي بنده كه مدبر نمود آن را خواجه محل عتق كامل نيست چه رقيت او ناقص شده است بسبب آنكه او مستحق عتق شده است بعد از موت خواجه. (ترجمه)

(٤) المولى.

(٥) أي قصد إبقاء إلخ.

(٦) أي للعتق.

(٧) قوله: "وكذا [أي يتعين الآخر] إذا استولد إلخ" يعني إذا وطئ إحداهما، فعلقت منه؛ لأنها صارت أم ولد له، ومن ضرورة صحة أمية الولد استحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها، وإذا انتفى عن إحداهما تعين في الأخرى لزوال المزاحمة. (عناية)

(٨) قوله: "للمعنيين" يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه، وإبقاء الانتفاع إلى موته.(ع)

(٩) قوله: "لإطلاق جواب الكتاب [أي الجامع الصغير. عيني]" حيث قال فيه: باع أحدهما، ولم يقيده بشيء، والمعنى ما قلنا، وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن، والوصول إلى الثمن ينافي العتق، فتعين الآخر له.(ع)

(١٠) أي بالبيع.

(١١) قوله: "في المحفوظ عن أبي يوسف" روى ابن سماعة عن أبي يوسف إذا ساوم أحدهما كان بيانًا

لأنه تمليك. وكذلك[١] لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ثم ماتت إحداهما لما قلنا[٢]، وكذا[٣] لو وطئ إحداهما لما نبين[٤]، ولو قال لأمتيه: إحداكما حرة، ثم جامع إحداهما لم يعتق الأخرى عند أبي حنيفة.

وقالا: يعتق؛ لأن الوطئ لا يحلّ إلا في الملك، وإحداهما حرة[٥]، فكان بالوطئ مستبقيًا الملكَ في الموطوءة، فتعينت الأخرى؛ لزواله بالعتق، كما في الطلاق[٦]. وله أن الملك قائم في الموطوءة[٧]؛ لأن الإيقاع في المنكرة، وهي معينة، فكان وطئها حلالا، فلا يجعل بيانًا، ولهذا حلّ وطئهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به[٨].

يعني لتعين العتق في الآخر، قيل: مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ، ولم يثبت الرواية عنه مكتوبة.(ع)

(١٢)قوله: "والهبة والتسليم إلخ" أي إذا وهب أحدهما وأقبضه، أو تصدق وأقبضه، عتق الآخر، قيل: التسليم ليس بشرط، وإنما ذكره تأكيدا؛ لأن البيع الفاسد يعين الآخر للمعتق، وإن لم يكن للقبض، فكذلك الهبة والصدقة؛ لأن كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض، وهذا لأن التعيين إنما يحصل لوجود تصرف يختص بالملك، و قد وجد. (ع)

(١) أي يتعين الأخرى.

(٢) قوله: "لما قلنا" من أن الميت لم يبقَ محلا للعتق، فكذلك لم يبقَ محلا للطلاق، فتعينت الأخرى له.(ع)

(٣) أي يتعين الأخرى.

(٤) في المسألة التي بعد هذه. (عيني)

(٥) قوله: "وإحداهما حرة" لا ملك فيها، فالوطئ لا يحل فيها، فإذا وطئ إحداهما جعل مستبقيًا للملك فيها؛ ليقع الوطئ حلالا؛ حملا لأمره على الصلاح، فإذا تعينت تلك الملك تعينت الأخرى إلخ. (عناية)

(٦) قوله: "كما في الطلاق" بأن قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ثم وطئ إحداهما كان بيانًا. (عيني)

(٧) قوله: "أن الملك قائم في الموطوءة" أي في التي توطأ من كل منهما، وإذا كان الملك قائمًا كان وطئها حلالا. أما إن الملك قائم، فلأن إيقاع العتق إنما هو في المنكرة، وهي أي الموطوءة غير منكرة، بل هي معينة، فلا يكون الإيقاع فيها، وإذا لم يكن الإيقاع فيها، لا يكون الملك عنها زائلا، وأما إن الملك إذا كان قائمًا، كان الوطئ حلالا، فظاهر لا يحتاج إلى البيان، وإذا كان الوطئ حلالا لم يكن بيانًا؛ لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة، ولهذا حل وطئها على مذهبه، وهذا على غاية الدقة، ويلوح منها سيماء التحقيق إلا أنه لا يفتي به لئلا يطعن أبو حنيفة بترك الاحتياط. (ملخص عناية وغيره)

(٨) أي بحل وطئها. (عيني)

ثم يقال[(١)]: العتق غير نازل قبل البيان؛ لتعلقه به، أو يقال: نازل في المنكرة، فيظهر في حق حكم تقبله، والوطئ يصادف المعينة، بخلاف الطلاق؛ لأن المقصود الأصلي من النكاح الولدُ، وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانةً للولد، أما الأمة: فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد، فلا يدل[(٢)] على الاستبقاء[(٣)].

ومَن قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا، فأنتِ حرة، فولدت غلامًا وجارية، ولا يدرى أيهما أول، عتق[(٤)] نصف الأم، ونصف الجارية والغلام عبدٌ؛ لأن كل واحدة منهما، تعتق في حالٍ، وهو ما إذا ولدتِ الغلام أول مرة، الأمُّ بالشرط، والجاريةُ لكونها تبعًا لها[(٥)]؛ إذ الأم حرة حين ولدتها[(٦)]، وترق في حالٍ، وهو ما إذا ولدت الجارية أولا؛ لعدم

(١) قوله: "ثم يقال إلخ" أي فإن قيل: العتق إما أن يكون نازلا، أو غير نازل، فإن كان غير نازل كان إهمالا للفظ عن مدلوله، وإن كان نازلا لا يجوز وطئهما.

أجاب على كل واحد من الشقين، فقال: على الشق الثاني، ثم يقال: العتق غير نازل قبل البيان؛ لتعلقه به أي لتعلق العتق بالبيان، فكان كالعتق المعلّق بدخول الدار، وهو غير نازل قبل الدخول، فكذا هذا.

وقال: على الشق الأول، أو يقال: نازل في المنكرة أي العتق نازل في المنكرة، فيظهر في حق حكم تقبله كالبيع، فإن المنكر يقبله بأن يشترى أحد العبدين على أن المشترى بالخيار فيهما، فإنه يصح، والوطئ لا يقبله المنكرة؛ لأنه يصادف المعينة؛ إذ هو أمر حسي لا يقع إلا في المعين، ووطئ غير المعين غير ممكن، فلا يكون الوطئ بيانًا في الأخرى، فإن قيل: كيف وقع الوطئ بيانًا في الطلاق، أجاب بقوله: بخلاف الطلاق إلخ. (عناية)

(٢) أي الوطئ في الأمة.

(٣) فلا يصير وطئها بيانًا للعتق في الأخرى. (عيني)

(٤) قوله: "عتق" قال شمس الأئمة السرخسي في "المبسوط": وذكر محمد في "الكيسانيات" هذا الجواب الذي ذكره ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا، فإن نكل عن اليمين، فنكوله كإقراره، وإن حلف فهم أرقاء.

قال في "النهاية": وما ذكره في "الكيسانيات" هو الصحيح؛ لما أنه وقع الشك في شرط العتق، وهو ولادة الغلام أولا، والشرط الذي لم يتيقن بوجوده، القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين. (عناية)

(٥) الأم.

(٦) الجارية.

الشرط، فتعين نصف كل واحد منهما ويسعى في النصف، أما الغلام يرق في الحالين، فلهذا يكون عبداً. وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولا، وأنكر المولى والجارية صغيرة، فالقول قوله[١] مع اليمين؛ لإنكاره[٢] شرط العتق، فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية؛ لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة؛ لكونها[٣] نفعاً محضاً، فاعتبر النكول[٤] في حق حريتهما[٥] فعتقتا. ولو كانت الجاريةُ كبيرةً، ولم تدع[٦] شيئا، والمسألة بحالها[٧]، عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية؛ لأن دعوى الأم [٨]غيرُ معتبرة في حق الجارية الكبيرة، وصحة النكول تبتنى على الدعوى، فلم يظهر[٩] في حقّ الجارية[١٠]، ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام، والأمُّ ساكتة، يثبت عتقُ الجارية بنكول المولى دون الأمّ؛ لما قلنا[١١]

والتحليفُ على العلم فيما ذكرنا؛ لأنه استحلاف على فعل الغير،

---

(١) المولى.

(٢) المولى.

(٣) في حق الصغيرة.

(٤) أي نكول المولى.

(٥) الأم والجارية.

(٦) الجارية.

(٧) قوله: "والمسألة بحالها" أي ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولا، وأنكر المولى. (عيني)

(٨) في حرية الجارية الكبيرة.

(٩) النكول.

(١٠) الكبيرة.

(١١) قوله: "لما قلنا" أشار به إلى قوله: وصحة النكول تبتنى على الدعوى. (عيني)

وبهذا القدر[١] يعرف ما ذكرنا[٢] من الوجوه في "كفاية المنتهى".

قال[٣]: وإذا شهد رجلان على رجلٍ أنه أعتق أحد عبدَيه، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن يكون في وصية[٤]؛ استحسانًا، ذكره في العتاق[٥]. وإن شهدا أنه طلّق إحدى نسائه جازت الشهادة، ويجبر الزوج على أن يطلِّقَ إحداهن، وهذا بالإجماع.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشهادة في العتق مثل ذلك[٦]، وأصلُ هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل[٧] من غير دعوى العبد عند أبي

(١) قوله: "وبهذا القدر إلخ" أي بهذا القدر من البيان يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلا في كتاب "كفاية المنتهى". (عيني)

(٢) قوله: "ما ذكرنا من الوجوه" قيل: هي ستة فصلوها في "شرح الجامع الصغير": أحدها: أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا، وهو المذكور في الكتاب أولا.
والثاني: أن تدعي الأم أن الغلام هو المولود أولا، وأنكر المولى ذلك، والجارية صغيرة، وهو المذكور في الكتاب ثانيا.
والثالث: أن تدعي الأم أن الغلام ولد أوّلا، و الجارية كبيرة، ولم تدع شيئًا، وهو المذكور في الكتاب ثالثًا.
والرابع: أن تدعي الجارية، وهي كبيرة والأم ساكتة أن الغلام ولد أولا، وهو المذكور في الكتاب رابعًا.
والخامس: أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا، فالجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق.
والسادس: أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا، فالجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق، وكذلك الجارية تبعا للأم، والغلام عبد؛ لأن الغلام قد انفصل عن الأم في حال الرق؛ لكون ولادته شرط عتقها، والشرط يسبق المشروط، فلا يمكن جعله تابعا لها فيه، ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب؛ لظهورهما. (عناية)

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) قوله: "إلا أن يكون في وصية" بأن قال رجل في مرض موته: أحد عبدي حر، ثم يموت الرجل، ويترك ورثته فينكرون، فالشهادة جائزة. (عيني)

(٥) قوله: "ذكره [محمد] في العتاق" أي ذكر الاستحسان في عتاق الأصل، وقال: لو قال الشاهد: إن كان هذا عند الموت، استحسن أن يعتق من كل واحد منهما نصفه. (عيني)

(٦) الطلاق، فيؤمر بأن يوقع العتق على أحدهما. (عيني)

(٧) قوله: "لا تقبل إلخ" فإن العتق من حقوق العباد عنده، ومن حقوق الشرع عندهما، وجه قولهما: إنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد، ولا يرتد برده، ويجوز أن يخلف به، ويصح إيجابه في المجهول، وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع. ووجه قوله: إن الإعتاق إثبات قوة المالكية، وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية، وكل ذلك دليل على كون العتق حق العبد لا محالة، هذا هو المشهور، فما كان من حقوق العباد لا يقبل الشهادة

حنيفة. وعندهما تقبل، والشهادة على عتقِ الأمة، وطلاقِ المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق، والمسألة معروفة، وإذا كان دعوى العبد شرطًا عنده، لا يتحقق[١] في مسألة المكتاب[٢]؛ لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق[٣]، فلا تقبل الشهادة، وعندهما ليس بشرط، فتقبل الشهادة، وإن انعدم الدعوى.

أما في الطلاق: فعدمُ الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة؛ لأنها ليست بشرط فيها[٤]، ولو شهد[٥] أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل[٦] عند أبي حنيفة، وإن[٧] لم يكن الدعوى شرطًا فيه[٨]؛ لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه[٩] يتضمن تحريم الفرج، فشابه[١٠] الطلاق، والعتقُ المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده[١١] على ما ذكرناه[١٢]، فصار كالشهادة[١٣]

فيها بدون الدعوى، وما كان من حقوق الشرع يقبل بدونها. (عناية)

(١) أي الدعوى. (عيني)

(٢) أي الجامع الصغير. (عيني)

(٣) قوله: "لا يتحقق" قيل: عليه إذا ادعيا ذلك يوجب أن تقبل البينة؛ لأن الدعوى حصلت من معين. وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه، فدعواهما دعوى من غير صاحب الحق، وبأن الدعوى حينئذٍ لا يكون مطابقًا للشهادة؛ لأن الشهادة على أحد العبدين، لا على العبدين. (ع)

(٤) أي في الشهادة في الطلاق.

(٥) قوله: "ولو شهد إلخ" كصورة نقض على أبي حنيفة؛ لأن الدعوى ليست بشرط في حق الأمة، ولم تسمع البينة ههنا، ووجه دفعه ما ذكره بقوله: لأنه إلخ. (ع)

(٦) الشهادة.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أي في حق الأمة.

(٩) قوله: "لما أنه [العتق] يتضمن الخ" فإن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطئ بعده زنا.(عناية)

(١٠) في كونه تحريم الفرج.

(١١) الإمام.

على عتق أحد العبدين، وهذا كله إذا شهدا في صحته[١] على أنه أعتق أحد عبديه. أما[٢] إذا شهدا أنه أعتق أحدَ عبديه في مرض موته، أو شهدا على تدبيره[٣] في صحته، أو في مرضه، وأداء الشهادة في مرض موته، أو بعد الوفاة، تقبل استحسانًا[٤]؛ لأن التدبير حيثما وقع[٥]، وقع وصيته، وكذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو الموصي، وهو معلوم[٦]، وعنه[٧] خلف، وهو الوصيّ، أو الوارث، ولأن العتقَ في مرض الموت يشيع بالموت فيهما[٨]، فصار كل واحدٍ منهما خصمًا متعينًا، ولو شهدا بعد موته[٩] أنه قال في صحته: أحدكما حر، قد قيل[١٠]: لا تقبل؛ لأنه ليس بوصية، وقيل: تقبل للشيوع، هو

---

(١٢) قوله: "على ما ذكرناه" يعني قوله: له أن الملك قائم في الموطوءة إلى قوله: ولهذا حل وطئها. (عناية)

(١٣) فلا تقبل.

(١) المولى.

(٢) بيان قوله: إلا أن يكون في وصيته استحسانًا. (عناية)

(٣) أي على أنه دبر أحد عبديه. (عيني)

(٤) وفي القياس لا تقبل.

(٥) قوله: حيثما وقع يعني سواء في حال الصحة، أو في حال المرض. (ع)

(٦) قوله: وهو معلوم [فتقبل الشهادة. عناية]" لأن تنفيذ الوصايا حق الميت، فكان الميت مدعيًا تقديرًا، وعنه خلف. (عناية)

(٧) أي عن الموصي.

(٨) قوله: يشيع بالموت فيهما [أي في العبدين]" لأنه أوجب العتق في أحدهما حال عجزه عن البيان، فكان إيجابا لهما، ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما، فصار كل واحد منهما خصمًا معينًا، ولم يذكر وجه القياس، وهو أن المقضى له مجهول، والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره مما تقدم. (عناية)

(٩) المولى.

(١٠) قوله: "قد قيل: لا تقبل لأنه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي، وهو معلوم، وقال بعضهم: تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل واحد منهما خصمًا متعينًا، فكان دعواهما صحيحة، وهي تقتضي

الصحيح، والله أعلم.

باب الحلف بالعتق(١)

ومن قال: إذا دخلتُ الدار، فكل مملوك لي يومئذ، فهو حرّ، وليس له مملوك(٢)، فاشترى مملوكًا، ثم دخل عتق؛ لأن قوله: يومئذ تقديره: يومَ إذ دخلت، إلا أنه أسقط الفعل(٣)، وعوّضه بالتنوين، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول، وكذا لو كان في ملكه يومَ حلف عبدٌ، فبقي على ملكه، حتى دخل عتق؛ لما قلنا(٤).

ولو لم يكن قال في يمينه: يومئذٍ لم يعتق(٥)؛ لأن قولَه كلُّ مملوكٍ لي للحال(٦)، والجزاءُ حرية المملوك في الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر(٧) إلى وجود الشرط، فيُعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول، ولا يتناولُ مَن اشتراه بعد اليمين.

ومن قال: كلّ مملوكٍ لي ذكرٍ، فهو حر، وله(٨) جارية حامل،

قبول الشهادة. (عناية)

(١) قوله: "باب الحلف بالعتق إلخ" الحلف بكسر اللام مصدر من حلف بالله يحلف حلفًا، والحلف بالعتق أن يجعل العتق جزاء على الشرط بأن يعلق العتق بشيء، ولما كان المعلق قاصرا في السببية أخر التعليق عن التنجيز. (عيني)

(٢) يعني زمان الحلف. (عيني)

(٣) وهو قوله: دخلت. (عيني)

(٤) قوله: "لما قلنا" يريد به قوله: فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول. (عناية)

(٥) أي ما اشتراه بعد الحلف. (عيني)

(٦) قوله: "للحال" قيل: لأن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون بمملوك له في الحال؛ إذ لو لم يكن الملك له في الحال، كان هو وغيره سواء. (عناية)

(٧) الجزاء.

(٨) الواو حالية.

فولدت ذكراً لم يعتق[١]، وهذا[٢] إذا ولدت لستة أشهر[٣] فصاعداً ظاهر؛ لأن اللفظ للحال، وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال[٤] لوجود أقلّ مدة الحمل[٥] بعده، وكذا إذا ولَدَتْ لأقل[٦] من ستة أشهر؛ لأن اللفظ يتناول المملوكَ المطلق والجنين مملوكٌ تبعًا للأم، لا مقصوداً[٧]، ولأنه[٨] عضو من وجه[٩]، واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء، ولهذا[١٠] لا يملك بَيعه[١١] منفرداً.

قال العبد الضعيف: وفائدة التقييد[١٢] بوصف الذكورة أنه لو قال: كلّ مملوكٍ لي تدخل الحامل، فيدخل الحمل تبعًا لها.

وإن قال: كل مملوكٍ أملكه، فهو حرٌ بعدَ غدٍ، أو قال: كل مملوك لي، فهو حرٌ بعدَ غدٍ، وله مملوك[١٣]، فاشترى آخر ثم جاء بعد[١٤] غد، عتق

(١) قوله: "لم يعتق" لأن المملوك مطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والجنين ليس بكامل. (عيني)

(٢) أي عدم العتق.

(٣) من وقت القول.

(٤) قوله: "احتمال" يعني يحتمل أن يكون الحمل وقت اليمين، ويحتمل أن لا يكون. (عيني)

(٥) ستة أشهر.

(٦) فحينئذٍ يتيقن بوجود الحمل وقت القول لكنه لا يعتق؛ لأن إلخ.

(٧) قوله: "لا مقصودا" ألا ترى أنه لو أعتقه عن كفارة يمينه لا يجوز. (عيني)

(٨) الجنين.

(٩) قوله: "عضو من وجه" بدليل أنه ينتقل بانتقال أمه، ويتغذى بغذاءها. (عيني)

(١٠) أي لكونه عضواً من أعضاءها.

(١١) الجنين.

(١٢) يعني في كل مملوك لي ذكر. (عيني)

(١٣) وقت الحلف.

الذي في ملكه يوم حلف[1]؛ لأن قوله: أملكه للحال حقيقة[2] يقال: أنا أملك كذا وكذا، ويراد به الحال، وكذا يستعمل له من غير قرينة، وللاستقبال بقرينة السين أو سوف، فيكون مطلقه[3] للحال، فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافًا إلى ما بعد الغد، فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين. ولو قال: كل مملوكٍ أملكه، أو قال: كل مملوك لي حرّ بعد موتي، وله مملوك[4]، فاشترى مملوكًا آخر، فالذي كان عنده وقت اليمين مدبّر، والآخر ليس بمدبّر، وإن مات[5] عتقا[6] من الثلث[7].

وقال أبو يوسف في "النوادر": يعتق[8] ما كان في ملكه يوم حلف، ولا يعتق[9] ما استفاد بعد يمينه، وعلى هذا إذا قال[10]: كل مملوك لي إذا متّ، فهو حرّ.

---

(١٤) بعد هذا مرفوع. (عيني)

(١) لا الذي اشتراه بعده. (عناية)

(٢) قوله: "للحال حقيقة إلخ" ليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما، بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك، ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه. (ع)

(٣) أي مطلق الملك.

(٤) وقت اليمين.

(٥) المولى.

(٦) يعني هر دو آزاد خواهنده شد از ثلث مال او. (ترجمة)

(٧) مشتركين فيه. (عيني)

(٨) يعني بطريق التدبير. (عيني)

(٩) أصلا.

(١٠) قوله: "وعلى هذا إذا قال إلخ" يعني يكون الذي عنده يوم الحلف مدبرًا، والذي اشتراه بعده ليس بمدبر. (عيني)

له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه[١]، فلا يعتق به ما سيملكه[٢]، ولهذا صار هو[٣] مدبرًا دون الآخر[٤]. ولهما أن هذا إيجابُ عتق[٥]، وإيصاءٌ حتى اعتبر[٦] من الثلث[٧]، وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة[٨]، والحالة الراهنة[٩]، ألا يرى أنه يدخل في الوصيّة بالمال ما يستفيده[١٠] بعد الوصية، وفي الوصية لأولاد فلان مَنْ يُوْلَدُ له[١١] بعدها[١٢]، والإيجابُ إنما يصح مضافا إلى الملك، أو إلى سببه[١٣]، فمن حيث إنه[١٤] إيجاب العتق يتناول العبدَ المملوك[١٥] اعتبارًا للحالة الراهنة[١٦]، فيصير[١٧] مدبّرًا[١٨] حتى

(١) عند قوله: فيكون مطلقة للحال. (عيني)

(٢) بعد الحلف.

(٣) أي الذي في ملكه يوم الحلف. (عيني)

(٤) أي الذي يملكه بعد اليمين. (عيني)

(٥) قوله: "إيجاب عتق وإيصاء" أما إنه إيجاب عتق، فبقوله: كل مملوك أملكه أولى، فهو حر، وأما إنه إيصاء، فبقوله: بعد موتي، ولذا اعتبر من الثلث، وإذا كان كذلك، ففي الوصايا إلخ. (ع)

(٦) أي ولهذا عتق مدبر جاري نموده مي شود. (ترجمة)

(٧) أي ثلث مال ميت.

(٨) أي حالت آئنده تا زمان موت. (ترجمة)

(٩) قوله: "والحالة الراهنة [أي موجوده وقت وصيت]" أي الحاضرة، سميت بالراهنة؛ لأن الرهن هو الحبس، والمرء محبوس فيها، لا فيما قبلها ولا فيما بعدها، كذا في الشروح. (عناية)

(١٠) الموصى.

(١١) إذا عاش إلى وقت موت الموصي. (عناية)

(١٢) الوصية.

(١٣) وهو الشراء. (عيني)

(١٤) أي أن قوله: كل مملوك أملكه، أو كل مملوك لي حر بعد موتي.

(١٥) وقت اليمين.

(١٦) قوله: "اعتبارًا للحالة الراهنة [الحاضرة]" ليصير الإيجاب مضافًا إلى الملك. (عناية)

لا يجوز بيعُه، ومن حيث إنه إيصاءٌ يتناول الذى يشتريه[(١)]؛ اعتباراً للحالة المتربصة، وهى حالةُ الموت، وقبلَ الموت حالة التملك استقبالٌ محض، فلا يدخل تحت اللفظ[(٢)]، وعند الموتِ يصير[(٣)] كأنه قال: كل مملوك لى، أو كل مملوك أملكه، فهو حُر. بخلاف قوله: بعد غد[(٤)] على ما تقدم[(٥)]؛ لأنه[(٦)] تصرف واحد، وهو إيجاب العتق، وليس فيه إيصاء، والحالة[(٧)] محض استقبال فافترقا، ولا يقال[(٨)]: إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال؛ لأنا نقول: نعم، لكن بسببين مختلفين[(٩)]: إيجاب عتق، ووصية، وإنما لا

(١٧) العبد المملوك.

(١٨) قبل موت الموصى.

(١) قوله: "يتناول الذى إلخ" واو مدبّر ميشود وبعد موت خواجه نه قبل آن چنانكه مدبّر ميشود بندهٔ كه وقت ايجاب در ملك خواجه مذكور بود پيش از موت خواجه وبيع آن جائز خواهد بود زيرا چه كلام مذكور بنظر يكے از هر دو جهت مذكورهٔ حالت تملك را شامل نيست پس حال تملك استقبال محض است ولفظ مذكور شامل آن نخواهد شد پس بندهٔ مذكوردر حال تملك مدبر نخواهد شد. اما وقت موت مدبر ميشود بشرطيكه اين بنده باقى ماند در ملك او تا بوقت موت پس كلام خواجه مذكور آن چنان ميشود كه گويا گفت خواجهٔ مذكور وقت موتِ خود كه هر مملوك من آزاد است پس اگر پيش از موت بفروشد بندهٔ را كه خريده است آن را بعد از گفتن لفظ مذكور جائز است بيع آن. (ترجمة)

(٢) أى لفظ أملكه.

(٣) لكونه موجودا عند الموت فى ملكه.

(٤) أى كل مملوك أملكه، أو لي حر بعد غد.

(٥) عن قريب.

(٦) أى لأن هذا القول.

(٧) قوله: "والحالة [أى حالة التملك]" محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك، وإلى سببه. (عناية)

(٨) إشارة إلى جواب أبى يوسف.

(٩) قوله: "لكن بسببين مختلفين" لعله أراد بقوله: بسببين مختلفين: إيجاب عتق، ووصية، الألفاظ الدالة على ذلك فى طرفى الكلام؛ لأن الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ.

وفيه نظر لأنه يستلزم التنافى بين طرفى كلام واحد إن كان المراد إيجاب بعد فى الحال، أو كونه إيصاءً

يجوز ذلك[1] بسبب واحد.

باب العتق على جُعل[2]

ومن أعتق عبده على مالٍ[3]، فقبل العبد عتق[4]، وذلك مثل أن تقول: أنت حر على ألف درهم[5]، أو بألف درهم، وإنما يعتق[6] بقبوله؛ لأنه معاوضة المال بغير المال؛ إذ العبد لا يملك نفسه[7]، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم[8] بقبول العوض للحال[9]، كما في البيع[10]، فإذا قبل[11] صار حراً، وما شُرط دينٌ عليه[12] حتى تصح الكفالة به[13]،

فقط، إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت. (عناية)

(١) أي الجمع.

(٢) قوله: "على جعل [يعني مال. ترجمة]" الجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، فكذلك الجعالة بالكسر، وإنما أخّر هذا الباب لكون المال غير أصيل في باب العتق. (عناية)

(٣) قوله: "على مال" أي مال كان من عروض، أو حيوان، أو غيرهما.

(٤) قوله: "عتق [ساعة قبوله. عناية]" لا يقال: كلمة على للشرط، فيكون العتق معلقًا بشرط أداء الألف، كما لو قال: إن أدّيت إليّ ألفًا لما قيل: إن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض، لا التعليق، فكان الصارف من الشرطية دلالة الحال. (ع)

(٥) أو على أن لي عليك ألفًا.

...

(٧) قوله: "إذ العبد لا يملك نفسه" يعني أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد؛ لكونه إسقاطًا، فلم يدخل به في يده شيء من المال غاية ما يقال: إنه ثبت ـ ـ قوة شرعية، وهي ليست بمال لا محالة، فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال، بل بما هو قوة شرعية. (عناية)

(٨) كالعتق.

(٩) أي في الحال.

(١٠) قوله: "كما في البيع" فإنه إذا قال: اشتريت بعد أن يقول البائع: بعت، يقع العقد. (عيني)

(١١) قوله: "فإذا قبل [العبد] الخ" وإن رد أو أعرض عن المجلس بالقيام، أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل. (ع)

(١٢) العبد.

بخلاف بدل الكتابة[١]؛ لأنه ثبت مع المنافى[٢]، وهو قيام الرقّ على ما عرف[٣]. وإطلاقُ لفظ المال[٤] ينتظم أنواعَه من النقد والعرض والحيوان، وإن كان بغير عينه[٥]؛ لأنه[٦] معاوضة المال بغير المال، فشابه النكاح[٧] والطلاقَ، والصلحَ عن دم العمد، وكذا الطعام[٨]، والمكيل، والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا تضره جهالة الوصف[٩]؛ لأنها يسيرة[١٠]. قال[١١]: ولو علّق عتقه بأداء المال صح، وصار مأذونًا، وذلك مثل أن يقول[١٢]: إن أديتَ إليّ ألف درهم، فأنت حر، ومعنى قوله[١٣]:

---

(١٣) لأنه يسعى وهو حر. (عناية)

(١) حيث لا تصح الكفالة به. (عناية)

(٢) قوله: "لأنه ثبت مع المنافي" فكان ثبوته على خلاف القياس؛ إذ القياس ينفي أن يستوجب المولى الدين على عبده، فلمّا ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب، وحصول المال للمولى، اقتصر على موضع الضرورة، ولم يعد إلى الكفالة. (ع)

(٣) فى كتاب المكاتب. (عينى)

(٤) فى قوله: على مال.

(٥) قوله: "وإن كان بغير عينه" أى وإن كان الحيوان غير معين بأن يكون دينًا فى الذمة، ولكن أراد به النوع بأن قال: فرس أو حمار. (عينى)

(٦) أى لأن الإعتاق على المال.

(٧) قوله: "فشابه النكاح إلخ" يعنى إذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان دينًا فى الذمة ههنا، كما جاز ذلك فى تلك العقود. (عينى)

(٨) قوله: "وكذا الطعام" أى وكذا يجوز أن يكون الطعام عوضًا عن الإعتاق بأن قال: أعتقتك على مائة قفيز من الحنطة، والمكيل بأن قال: أعتقتك على مائة كيل من الشعير، ونحوه مما يكال، والموزون بأن قال: أعتقتك على مائة منّ من العسل، ونحوه مما يوزن. (عينى)

(٩) قوله: "ولا تضره جهالة الوصف" بأن لم يقل: إنها جيدة، أو رديئة ربيعية، أو خريفية، فإن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية؛ لكونها يسيرة. (ع)

(١٠) فكانت عفواً. (عينى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "مثل أن يقول: إن أديت إلخ" وهذه الصيغة صيغة التعليق، فيعلق عتقه بأداء المال كالتعليق

صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يَصير مكاتَبًا[١]؛ لأنه[٢] صريح فى تعليق العتق بالأداء، وإن[٣] كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء[٤] على ما نبين[٥] إن شاء الله تعالى. وإنما صار مأذونًا؛ لأنه[٦] رغّبه فى الاكتساب بطلبه[٧] الأداء منه[٨] ومراده[٩] التجارة دون التكدى فكان[١٠] إذنا له دلالة.

وإن أحضر[١١] المال، أجبره[١٢] الحاكمُ على قبضه، وعتق العبد[١٣]، ومعنى الإجبار فيه، وفى سائر الحقوق[١٤] أنه[١٥] ينزل قابضًا بالتخلية.

بسائر الشروط، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد، ولا يرتد برده، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء، كما فى التعليق بسائر الشروط. (عناية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١) قوله: "من غير أن يصير مكاتبًا" يعنى لا يثبت أحكام المكاتبين، حتى لو مات وترك وفاءً، فالمال لمولاه، ولا يودى عنه، ولو مات المولى، فالعبد رقيق يورث عنه مع ما فى يده من أكسابه، ولو كان مكاتبًا لكان الحكم على عكس ما ذكر. (عناية)

(٢) أى لأن قوله: إن أديت إلى ألف درهم، فأنت حر.

(٣) الواو وصلية.

(٤) أى عند أداء المال. (عينى)

(٥) قوله: "على ما نبين" أى بعد خطوط عند قوله: ولما أنه تعليق نظرًا إلى اللفظ، ومعاوضة نظرًا إلى المقصود. (عينى)

(٦) المولى.

(٧) المولى.

(٨) العبد.

(٩) قوله: "ومراده" يعنى من الترغيب فى الاكتساب التجارة؛ لأنها هى المشروعة عند الاختيار دون التكدى؛ لأنه يذل المرء، والتكدى فى الأصل لفظ فارسى، ومعناه السؤال من الناس، والدوران فيه. (عينى)

(١٠) أى حثه على أداء المال.

(١١) العبد.

(١٢) المولى.

(١٣) لأنه قام بما شرط عليه. (عينى)

(١٤) قوله: "وفى سائر الحقوق" يريد به الثمن، وبدل الخلع، وبدل الكتابة، وما أشبههما. (عناية)

وقال زفر: لا يجبر على القبول، وهو القياس؛ لأنه تصرف يمين؛ إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظًا[١]، ولهذا[٢] لا يتوقف على قبول العبد، ولا يحتمل الفسخ، ولا جبر[٣] على مباشرة شروط الأيمان؛ لأنه لا استحقاق[٤] قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة[٥]؛ لأنه[٦] معاوضة، والبدل فيها واجب. ولنا أنه تعليق نظرًا إلى اللفظ[٧]، ومعاوضةٌ نظرًا إلى المقصود؛ لأنه[٨] ما علق عتقَه بالأداء[٩] إلا ليحثه على دفع المال، فينال العبدُ شرفَ الحرية، والمولى المال بمقابلته[١٠] بمنزلة الكتابة[١١]، ولهذا[١٢] كان[١٣] عوضًا في الطلاق في مثل هذا اللفظ[١٤]، حتى كان بائنًا

(١٥) قوله: "أنه" يعني المولى ينزل قابضًا بالتخلية برفع المانع، سواء قبض أو لم يقبض، وليس المراد بالإجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب، أوالحبس. (عناية)

(١) قوله: "لفظًا" احتراز عن الكتابة، فإنها ليست بتعليق لفظي، فإنه لو قال لعبده: كاتبتك على كذا من المال، صحت الكتابة، وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه. (عناية)

(٢) توضيح لكونه تصرف يمين. (عناية)

(٣) متصل بقوله: لأنه تصرف يمين. (عناية)

(٤) قوله: "لأنه لا استحقاق إلخ" تقريره: لا جبر إلا بالاستحقاق، ولا استحقاق قبل وجود الشرط، ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء. (عناية)

(٥) متصل بقوله: إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظًا. (عناية)

(٦) أي لأن عقد الكتابة.

(٧) كما ذكرنا. (عناية)

(٨) المولى.

(٩) أي بأداء المال.

(١٠) العتق.

(١١) في كونها معاوضة.

(١٢) أي لأجل كون المال بمقابلة العتق معاوضة نظرًا إلى المقصود. (عيني)

(١٣) المال.

فجعلناه[1] تعليقًا في الابتداء عملا باللفظ، ودفعًا للضرر عن المولى، حتى لا يمتنع عليه بيعُه[2]، ولا يكون العبد أحقَّ بمكاسبه، ولا يسرى إلى الولد المولود قبل الأداء[3]، وجعلناه[4] معاوضةً في الانتهاء عند الأداء؛ دفعًا للغرور[5] عن العبد، حتى يجبر[6] المولى على القبول، فعلى هذا[7] يدور الفقه، ويخرج المسائل[8]، نظيره الهبة بشرط العوض[9].

ولو أدى البعضَ يجبر على القبول إلا أنه[10] لا يعتق ما لم يؤد الكلّ

(١٤) قوله: "في مثل هذا اللفظ" بأن يقول: إن أديت إلى ألفًا، فأنت طالق حتى لو طلقها بهذه الصيغة، كان الطلاق بائنًا. (عناية)

(١) أى فجعلنا قول المولى: إن أديت إلى ألفاظ: فأنت حر. (عيني)

(٢) العبد.

(٣) قوله: "إلى الولد المولود قبل الأداء" أى قبل أداء المال بأن قال لأمته: إن أديت إليّ ألفًا، فأنت حرة، ثم ولدت ثم أدت المال لم يعتق الولد معها. (عيني)

(٤) أى القول المذكور.

(٥) قوله: "دفعًا للغرور" فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية. (عيني)

(٦) قوله: "حتى يجبر إلخ" فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضةً أصلا؛ لأن البدل والمبدّل كلاهما عند الأداء ملك المولى؛ لأنه قبل الأداء عبد، وهو وما في يده لمولاه.
أجيب بأنه لما ثبت عنده الأداء معنى الكتابة من الوجه الذى بيّنا، ثبت شرط صحته اقتضاء، وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى، فيثبت هذا سابقًا على الأداء، متى وجد الأداء وصار كما إذا كاتب عبده على نفسه وماله، وكان الكسب مالا قبل الكتابة يصير أحق بذلك المال، حتى لو أدى ذلك عتق. (عناية)

(٧) أى العمل بالشبهين.

(٨) المتعارفة.

(٩) قوله: "نظيره إلخ" يعنى أن قوله: إن أديت إلى ألف درهم، فأنت حر، ألحق في بعض الأحكام بمحض التعليق، وهى ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره، وألحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول؛ لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقًا؛ نظرًا إلى اللفظ، ومعاوضة نظرًا إلى المقصود عملنا بالشبهين بشبه التعليق في حالة الابتداء، وبشبه المعاوضة في حالة الانتهاء، كما في الهبة بشرط العوض، فإنها هبة ابتداء حتى لم يجز في المشاع، واشترط القبض في المجلس، وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع، وجرت الشفعة في العقار، ويرد بالعيب. (عناية)

(١٠) العبد.

لعدم الشرط[١]، كما إذا حط[٢] البعض وأدى الباقي. ثم لو أدى[٣] ألفا اكتسبها قبل التعليق، رجع[٤] المولى[٥] عليه[٦]، وعتق لاستحقاقها[٧]، ولو كان اكتسبها[٨] بعده[٩]، لم يرجع عليه؛ لأنه[١٠] مأذونٌ من جهته[١١] بالأداء منه. ثم الأداء في قوله: إن أديتَ يقتصر على المجلس؛ لأنه تخيير[١٢]، وفي قوله: إذا أديتَ لا يقتصر؛ لأن إذا تستعمل للوقت[١٣]

---

(١) أى أداء الكل.

(٢) قوله: "كما إذا حط" يعني إذا حط المولى بعض الألف فيما إذا قال له: إن أديت إليّ ألفًا، فأنت حر، وأدى الباقي أى باقي الألف لا يعتق العبد؛ لعدم الشرط؛ لأن الشرط وجود الجميع، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله، وإذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط، فكذلك هذا، بخلاف الكتابة؛ لأن المال هناك واجب على المكاتب، فيتحقق إبراءه عنه، سواء أبرأه عن الكل، أو البعض. (عناية وعيني)

(٣) العبد.

(٤) قوله: "رجع إلخ" أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها، فلأن الألف التى أداها كانت مستحقة من جانب المولى، فلا يحصل المقصود بأداءه؛ لأن مقصوده أن يحثه على الاكتساب؛ ليؤدى من كسبه، فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا، وهذا ليس كذلك وأما إنه عتق، فلوجود شرط الحنث لما أن كون الألف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث، كما لو غصب مال إنسان وأداه. (ع)

(٥) بألف آخر.

(٦) العبد.

(٧) أى لاستحقاق المولى الألف.

(٨) العبد.

(٩) أى بعد التعليق.

(١٠) العبد.

(١١) المولى.

(١٢) قوله: "لأنه تخيير" أى للعبد بين الأداء والامتناع عنه، فكان كالتخيير بمشيئة العبد إذا قال: أنت حر إن شئت، فإن قيل: قد تقدم أنه يصير مأذونًا في التجارة، فكيف يكون الأداء مقتصرًا على المجلس؟
أجيب لا تنافي بينهما؛ لجواز أن يكون مأذونًا بالتجارة، ويقتصر الأداء على المجلس بتخيير فيه، ويؤدى المال قبل الافتراق بالأبدان. (عناية)

(١٣) والوقت يعم.

بمنزلة متى.

ومَنْ قال لعبده: أنت حر بعد موتى على ألف درهم، فالقبول بعد الموت؛ لإضافة الإيجاب[١] إلى ما بعد الموت[٢]، فصار كما إذا قال: أنت حر غداً[٣] بألف درهم، بخلاف ما إذا قال: أنت مدبرٌ على ألف درهم حيث يكون القبول إليه[٤] فى الحال؛ لأن إيجاب التدبير فى الحال[٥] إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق[٦]. قالوا: لا يعتق[٧] عليه فى مسألة الكتاب[٨]، وإن[٩] قبل[١٠] بعد الموت ما لم يُعتقه الوارث[١١]؛ لأن الميت ليس بأهل للإعتاق، وهذا[١٢] صحيحٌ.

---

(١) أى إيجاب الحرية.

(٢) فالقبول يكون بعد الموت، فإن القبول لا يكون الإيجاب.

(٣) فيكون القبول غداً؛ لأنه وقت نزول الإيجاب.

(٤) العبد.

(٥) على ما سيجىء، فيكون القبول كذلك.

(٦) قوله: "لقيام الرق" إذ التدبير يوجب حق الحرية، لا حقيقتها، فيكون الرق قائماً، والمولى لا يستوجب ديناً على عبده، بخلاف ما لو أعتقه على مال؛ لأنه يثبت به حقيقة الحرية، والمال يجب على الحر، والمولى قد يستوجب مالاً على معتقه. (عناية)

(٧) العبد.

(٨) قوله: "فى مسألة الكتاب" أى الجامع الصغير، وهى قوله: أنت حرٌ بعد موتى على ألف درهم. (ع)

(٩) الواو متصلة.

(١٠) العبد.

(١١) أو الوصى، أو القاضى. (عناية)

(١٢) قوله: "وهذا" أى قولهم: إنه لا يعتق مالم يعتقه الوارث صحيح؛ بناء على أنه إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب، وقد عدمت بالموت، بخلاف التدبير فإنه إيجاب فى الحال، والأهلية ثابتة، والموت شرط، والأهلية ليست بشرط عنده، كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، فوجد الشرط، وهو مجنون.

قال[١]: ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين، فقبل العبد عتق، ثم مات[٢] من[٣] ساعته، فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: قيمة خدمته أربع سنين. أما العتق: فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً[٤]، فيتعلق العتق[٥] بالقبول، وقد وجد[٦]، ولزمته خدمة أربع سنين؛ لأنه يصلح عوضاً[٧]، فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم مات العبد[٨]، فالخلافية فيه[٩] بناء[١٠] على خلافية أخرى، وهي[١١] أن من باع نفسَ العبد[١٢] منه[١٣] بجارية بعينها، ثم استحقت الجاريةُ، أو هلكت[١٤] يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما[١٥]، وبقيمة الجارية عنده[١٦]، وهي[١٧] معروفة.

---

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) العبد.

(٣) البدل أي ساعة.

(٤) عن العتق.

(٥) لأنه الحكم في الأعواض كلها. (عناية)

(٦) فنزل العتق.

(٧) لحدوث حكم المالية بالعقد. (عناية)

(٨) أي بعد القبول. (عيني)

(٩) قوله: "فالخلافية إلخ" أي فالمسألة الخلافية في الإعتاق على الخدمة في المدة المعلومة مبنية على خلافية أخرى. (عيني)

(١٠) أي مبنية.

(١١) أي الخلافية الأخرى.

(١٢) فقبل العبد، وعتق ثم استحقت إلخ.

(١٣) أي من العبد.

(١٤) قبل التسليم.

(١٥) الشيخين.

ووجهُ البناء[١] أنه كما يتعذرُ تسليم الجارية بالهلاكِ والاستحقاقِ يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى[٢]، فصار نظيرها[٣]. ومن قال لآخر: أعتق أمتَك على ألف درهم عليّ، على أن تزوجنيها، ففعل[٤]، فأبت[٥] أن تتزوجه[٦]، فالعتق جائز، ولا شيء على الآمر؛ لأن من قال لغيره: أعتِقْ عبدكَ على ألف درهم عَلَيَّ[٧]، ففعل؛ لا يلزمه شيء، ويقع العتق عن المأمور.

بخلاف ما إذا قال لغيره: طلّق امرأتَك على ألف درهم عليَّ، ففعل، حيث يجب الألف على الآمر؛ لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائزٌ، وفي العتاق لا يجوز[٨]، وقد قررناه من قبل[٩].

(١٦) محمد.

(١٧) قوله: "وهي" أي مسألة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحقت معروفة في طريقة الخلاف. (عناية)

(١) أي بناء تلك الخلافية على هذه الخلافية. (عيني)

(٢) قوله: "وكذا بموت المولى" يعني أن موت المولى في هذه الصور كموت العبد. (عناية)

(٣) قوله: "فصار نظيرها" أي صار الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد، أو المولى نظير الخلافية الأخرى.
ووجه قول محمد: أن الخدمة بدل ما ليس بمال، وهو العتق، ولا قيمة للعتق، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة لموته، فوجب تسليم قيمتها. ووجه قولهما: إن الخدمة بدل مال؛ لأنها بدل نفس العبد، لكن البدل لما تعذر تسليمه، وجب تسليم المبدل، وهو العبد، لكن لا يمكن تسليمه؛ لأن العتق لا يقبل الفسخ، فوجب تسليم قيمته؛ لإمكان ذلك، هذا في المبني. وأما في المبني عليه: فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال، وهو العتق؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق، وقد عجز عن إيفاء البدل، وليس للمبدل، وهو العتق قيمة، فيجب قيمة البدل.
ووجه قولهما: إن الجارية بدل نفس العبد بالعتق، فيجب تسليم قيمته، كما إذا تبايعا عبداً بجارية، ثم مات العبد، فتفاسخا العقد على الجارية، يلزمه قيمة العبد. (عناية)

(٤) أي المأمور.

(٥) الأمة.

(٦) الآمر.

(٧) المأمور.

(٨) قوله: "في الطلاق جائز، وفي العتاق لا يجوز" والفرق أن الأجنبي في باب الطلاق، كالمرأة في

ولو قال: أعتِق أمتَك عني على ألف درهم، والمسألة بحالها[١] قسمت الألفُ على قيمتها، ومهرِ مثلها، فما أصاب القيمة أداه الآمر، وما أصاب المهر بطل عنه[٢]؛ لأنه لما قال[٣]: عني، تضمن الشراء اقتضاء[٤] على ما عُرف[٥]. وإذا كان كذلك، فقد قابل[٦] الألفَ بالرقبة شراءً، وبالبُضع نكاحًا، فانقسم عليهما[٧]، ووجبت حصة ما سُلّم له[٨]، وهو الرقبة، وبطل عنه ما لم يسلّم، وهو البضع، فلو زوَّجَت[٩] نفسَها منه لم يذكره[١٠]. وجوابُه أن ما أصاب قيمتَها، سقط في الوجه الأول[١١]، وهي[١٢] للمولى في الوجه الثاني[١٣]، وما أصاب مهرَ مثلها، كان مهراً

عليهم ثبوت شيء لهما بالطلاق؛ إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير، فكما جاز التزام المرأة بالمال، فكذلك الأجنبي بخلاف العتاق، فإنه يثبت للعبد بالإعتاق قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك، فكان المال في مقابلة ذلك، وليس الأجنبي كالعبد حيث لا يثبت له به شيء أصلا، فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز. (عناية)

(٩) قوله: "و قد قررناه من قبل" أي في باب الخلع في مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة بأن بذل العتق على الأجنبي صحيح، فعلى الأب أولى. (عيني)

(١) قوله: "والمسألة بحالها" أي قال: على أن تزوجنيها، ففعل، وأبت أن تتزوّجه. (عناية)

(٢) أي عن الآمر.

(٣) الآمر.

(٤) قوله: "اقتضاء" كأنه قال: بع أمتك مني، ثم أعتقها. (عيني)

(٥) في أصول الفقه. (عناية)

(٦) الآمر.

(٧) أي على الرقبة والبضع.

(٨) أي للآمر.

(٩) يعني في المسألتين. (عناية)

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (عناية)

(١١) قوله: "سقط في الوجه الأول" وهو ما إذا لم يقل فيه: عني؛ لعدم صحة الزمان. (عناية)

(١٢) أي حصة القيمة. (عناية)

لها[١] فى الوجهين[٢] .

باب التدبير[٣]

إذا قال المولى لمملوكه : إذا متّ فأنت حر ، أو أنت حرّ عن دبرٍ منى ، أو أنت مدبرٌ ، أو قد دبرتك ، فقد صار مدبراً؛ لأن هذه الألفاظ صريح فى التدبير ، فإنه إثبات العتق عن دبر ، ثم لا يجوز بيعه[٤] ، ولا هبتُه ، ولا إخراجُه عن ملكه إلا إلى الحرّية ، كما فى الكتابة[٥] . وقال الشافعى : يجوز[٦] ؛ لأنه تعليق العتق بالشرط ، فلا يمتنع به[٧] البيعُ والهبةُ ، كما فى سائر التعليقات[٨] ، وكما فى المدبر المقيد[٩] ، ولأن التدبير وصيةٌ[١٠] ، وهى غير مانعة من ذلك . ولنا قوله عليه السّلام[١١] : «المدبر لا يباع ولا يوهب

(١٣) أى الذى قال فيه: عنى. (عناية).

(١) أى للأمة.

(٢) أى فى ما إذا قال: عنى، وفيما إذا لم يقل. (عناية)

(٣) قوله: "باب التدبير" ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت عقيب الإعتاق الواقع فى الحياة ظاهر المناسبة، والتدبير فى اللغة: هو النظر إلى عاقبة الأمر.
وفى الشريعة: هو إيجاب العتق الحاصل بعد الموت بألفاظ تدل عليه صريحًا، أو دلالة. (عناية)

(٤) المدبر.

(٥) حيث لا يجوز بيع المكاتب، ولا هبته، ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية.

(٦) بيعه وهبته.

(٧) أى بالتعليق.

(٨) قوله: "كما فى سائر التعليقات" من دخول الدار، ومجيء رأس الشهر وغيرهما. (عناية)

(٩) فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف. (عناية)

(١٠) قوله: "وصية" حتى يعتبر من ثلث المال، والوصية لا تمنع الموصى عن التصرف بالبيع وغيره، كما لو أوصى برقبة الإنسان. (عناية)

(١١) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" أخرج الدارقطنى عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبّر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال». (عينى)

ولا يورث وهو حر من الثلث»*، ولأنه سبب الحرية؛ لأن الحريةَ تثبت بعد الموت[٢]، ولا سبب غيره، ثم جعلُه سببًا في الحال أولى[٣] لوجوده في الحال، وعدمه بعد الموت[٤]، ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف، فلا يمكن[٥] تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية.

بخلاف سائر التعليقات[٦]؛ لأن المانع من السببية[٧] قائم قبل الشرط؛ لأنه يمين، واليمين مانع، والمنع هو المقصود، وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق، وأمكن تأخير السببية[٨] إلى زمان الشرط؛ لقيام الأهلية

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٠ ص٨٧. (نعيم)

(٢) فلا بد له من سبب. (عناية)

(٣) قوله: "أولى" وما قاله صاحب "النهاية": قبل باب عتق أحد العبدين بقوله: وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت، فذاك منه تناقض لا محالة. وقال الأكمل: يحمل ما ذكر ههنا على غير الأولى، فيندفع التناقض، أو يكون قد اطلع على رواية عن أصحابنا أنه يجوز، وأن يكون سببًا بعد الموت، أو اختار جوازه بالاجتهاد. (عيني)

(٤) لكونه كلامًا عرضًا لا يبقى، فتعيّن أن يكون سببًا في الحال. (عيني)

(٥) فلا يتصور انعقاد السبب من غير الأهل. (عيني)

(٦) قوله: "بخلاف سائر التعليقات" أي فإن قيل: في التدبير تعليق، وليس في التعليق شيء من السبب ثابتا في الحال، وإنما يكون عند وجود الشرط، فما بال التدبير خالف سائر التعليقات، وهو مؤدى قول الشافعي، كما في سائر التعليقات، أجاب بقوله: بخلاف إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "لأن المانع إلخ" واعلم أن في كلام المصنف غموضًا لا ينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان، فلا بد منه، فنقول: المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه، وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم، وإذا ظهر هذا. قلنا: القياس يقتضي أن يكون سائر التعليقات أسبابًا في الحال، لكن المانع عن السببية في الحال، وهو صفة كون تصرف التعليق يمينًا قائم؛ لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم، فإن المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط، وما كان مانعًا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط، كان مانعًا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم، وهو وقوع الطلاق، وإليه أشار بقوله: وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق، وما كان مانعًا للحكم لا يمكن أن يكون سببًا له، فصفة كون تصرف التعليق يمينًا امتنع عن كونه سببًا للحكم، وهو الطلاق والعتاق.

فإن قلت: قد يكون اليمين يعقد للحمل، كما في قول الرجل: إن لم تدخل الدار فأنت طالق، وقد نص في الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل، فكيف قال، والمنع هو المقصود، وإنه يقتضي الحصر عند البلغاء.

قلت: لا يقصد باليمين إلا منع الشرط، فالشرط فيما ذكرتم هو النفي، والمقصود المنع منه، ويلزمه الحمل. (عناية)

(٨) قوله: "وأمكن تأخير إلخ" فرق آخر بين التدبير، وسائر التعليقات، ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه

عنده فافترقا، ولأنه وصية[١]، والوصية خلافة في الحال كالوراثة، وإبطال السبب لا يجوز[٢]، وفي البيع وما يضاهيه ذلك.

قال[٣]: وللمولى أن يَستخدمه[٤] ويؤاجره، وإن كانت أمةً وطئها، وله أن يزوجها؛ لأن الملك فيه[٥] ثابت له[٦]، وبه[٧] تستفاد ولاية هذه التصرفات. فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله؛ لما روينا[٨]، ولأن التدبير وصية؛ لأنه[٩] تبرع مضاف إلى وقت الموت[١٠]، والحكم[١١] غير ثابت في الحال، فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مالٌ غيره يَسعى[١٢] في ثلثيه، وإن كان على المولى دين[١٣]، يسعى[١٤] في كل

تأخير السببية إلى ما بعد الموت؛ لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذٍ، وأماسائر التعليقات: فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ممكن؛ لقيام الأهلية عنده، فافترقا. (عناية)

(١) قوله: "ولأنه وصية إلخ" فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات، وتقريره: أن التدبير المطلق وصية، والوصية سبب الخلافة في الحال؛ لأن الموصي يجعل الموصى له خلفاً في بعض ماله بعد موته كالوراثة، فإنها سبب الخلافة في الحال. (عناية)

(٢) قوله: "وإبطال السبب لا يجوز" تتمة الدليل متصل بقوله: ولأنه سبب الحرية، وما بينهما لإثبات هذه القضية، وتركيب المقدمتين هكذا، التدبير سبب الحرية، وسبب الحرية لا يجوز إبطاله، وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة، والأمهار ذلك أي إبطال سبب الحرية؛ فلا يجوز. (عناية)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) المدبر.

(٥) المدبر.

(٦) قوله: "ثابت له" فإن التدبير لا يثبت الحرية في الحال، وإنما يثبت استحقاق الحرية، فكان الملك فيه ثابتاً.(ع)

(٧) أي بالملك.

(٨) إشارة إلى حديث ابن عمر. (عيني)

(٩) التدبير.

(١٠) ولا نعني بالوصية إلا ذلك. (عناية)

(١١) يعني العتق. (عناية)

(١٢) المدبر.

قيمته؛ لتقدم الدين على الوصية، ولا يمكن نقض العتق، فيجب رد قيمته، وولد المدبَّرة مدبر، وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة[١].

وإن علق التدبير بموته[٢] على صفةٍ مثل أن يقول: إن مت من مرضى هذا، أو سفرى هذا، أو من مرضٍ كذا، فليس بمدبر، ويجوز بيعه؛ لأن السبب لم ينعقد فى الحال لترددٍ فى تلك الصفة[٣]، بخلاف المدبر المطلق؛ لأنه تعلق عتقُه بمطلق الموت، وهو كائن لا محالة.

فإن مات المولى على الصفة التى ذكرها، عتق كما يعتق المدبر معناه[٤] من الثلث؛ لأنه ثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته؛ لتحقق تلك الصفة فيه، فلهذا يعتبر من الثلث.

ومن المقيد أن يقول: إن مت إلى سنة، أو عشر سنين؛ لما ذكرنا[٥]، بخلاف ما إذا قال: إلى مائة سنة ومثله[٦] لا يعيش إليه فى الغالب؛ لأنه كالكائن[٧] لا محالة.

---

(١٣) يعنى العتق.

(١٤) المدبر.

(١) قوله: "نقل إجماع الصحابة" قلت: روى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن ابن عمر قال: "ولد المدبر بمنزلته"، وأخرج عن الزهرى وابن المسيب نحوه. (تخريج زيلعى)

(٢) بيان للمدبر المقيد.

(٣) قوله: "لتردّد فى تلك الصفة" فربما يرجع من ذلك السفر، ويبرأ من ذلك المرض. (عناية)

(٤) أى معنى قول القدورى: عتق من الثلث. (عينى)

(٥) قوله: "لما ذكرنا" يعنى قوله: لتردد فى تلك الصفة. (عناية)

(٦) الواو حالية.

(٧) فصار كأنه قال: إن مت فأنت حر.

باب الاستيلاد[١]

إذا ولدت الأمة من مولاها، فقد صارت أم ولدٍ له، لا يجوز بيعها[٢]، ولا تمليكها؛ لقوله عليه السلام: «أعتقها ولدُها[٣]»* أخبر[٤] عن إعتاقها، فيثبت[٥] بعضُ مواجبه، وهو حرمة البيع، ولأن الجزئية قد حصلت[٦] بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد، فإن المائين[٧] قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف[٨] في حرمة المصاهرة، إلا أن بعد الانفصال[٩] تبقى الجزئية حكما لا حقيقة، فضعف السبب، فأوجب حكمًا مؤجلا إلى ما بعد الموت.

(١) قوله: "باب الاستيلاد" لما فرغ من بيان التدبير، شرع في بيان الاستيلاد، وعقبه لمناسبته بينهما من حيث إن لكل واحد منهما حق الحرية، لا حقيقتها، والاستيلاد طلب الولد، فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة من الصفات الغالبة. (عناية)

(٢) ولا هبتها.

(٣) قوله: "أعتقها ولدها" قال عليه السلام في مارية القبطية أم إبراهيم حين قيل له: ألا تعتقها، قال عليه السلام: «أعتقها ولدها»، رواه ابن ماجة والدارقطني. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٢١ ص٨٧. (نعيم)

(٤) عليه الصلاة والسلام.

(٥) قوله: "فيثبت إلخ" فإن الحديث وإن دلّ على تنجيز الحرية، لكن عارضه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «أيما رجل ولدت أمة منه فهي معتقة عن دبر منه»، فعملنا بهما جميعًا، ومنعنا البيع بالحديث الأول، والتنجيز بالحديث الثاني. (عناية)

(٦) قوله: "ولأن الجزئية قد حصلت إلخ" وهي تمنع بيعها وهبتها؛ لأن بيع جزء الحر وهبته حرام. (عناية)

(٧) أي ماء الرجل والمرأة.

(٨) في الأصول.

(٩) قوله: "إلا أن بعد إلخ" أي فإن قيل: لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق؛ لأن الجزئية توجبه، ولستم بقائلين به أجاب بقوله: إلا أن بعد الانفصال إلخ يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال، وبعد الانفصال تبقى إلخ. (عناية)

وبقاءُ الجزئية[١] حكمًا باعتبار النسب، وهو من جانب الرجال، فكذا الحرية[٢] تثبت فى حقهم، لا فى حقهن حتى إذا ملكت الحرة زوجَها، وقد[٣] ولدت منه[٤] لا يعتق[٥] بموتها، وثبوتُ عتقٍ مؤجلٍ يُثبت حقّ الحرية فى الحال، فيمتنع جواز البيع وإخراجها، لا إلى الحرية فى الحال، ويوجب عتقَها بعد موته، وكذا إذا كان[٦] بعضُها مملوكًا له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ[٧]، فإنه فرع النسب[٨]، فيعتبر بأصله.

قال[٩]: وله وطئها، واستخدامها، وإجارتها، وتزويجها؛ لأن الملك فيها قائم[١٠]، فأشبهت المدبرة، ولا يثبت نسب ولدها[١١] إلا أن يَعترف[١٢]

---

(١) قوله: "وبقاء الجزئية إلخ" فإن قيل: لو كانت الجزئية باقية حكمًا لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها، وليس كذلك. أجاب بقوله: وبقاء الجزئية حكمًا، ومعناه أن بقاء الجزئية حكمًا عبارة عن ثبات النسب، والأصل فى ثبات النسب هو الأب؛ لأن الولد ينسب إليه، والأم أيضًا بواسطة الولد، يقال: أم ولد فلان، فكذا إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "فكذا الحرية إلخ" صحت الرواية بالحاء، لا بالجيم، وهذا نتيجة ما تقدم، فلهذا ذكر بالفاء يعنى أن الحرية لما كانت باعتبار النسب أنتج أن الحرية وقعت فى حقهم أى فى حق الرجال، لا فى حقهن أى فى حق الأمهات. (عينى)

(٣) الواو حالية.

(٤) الزوج.

(٥) الزوج.

(٦) قوله: "وكذا إذا كان إلخ" يعنى لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين، فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له. (عناية)

(٧) قوله: "لا يتجزأ" أى يتملك المستولد نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه، فيكمل الاستيلاد على ما يجيء فى هذا الباب؛ لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد؛ لأن الاستيلاد وقع فى القنة، وهى قابلة للانتقال من ملك إلى ملك. (عناية)

(٨) وهو لا يتجزأ.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) فإن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها. (عناية)

به[١]. وقال الشافعي: يثبت نسبه منه، وإن لم يَدّع[٢]؛ لأنه لما ثبت النسب بالعقد[٣]، فَلأنْ يثبت[٤] بالوطء، و إنه[٥] أكثر إفضاءً أولى.

ولنا أن وطء الأمة يُقصد به قضاء الشهوة دون الولد؛ لوجود المانع عنه[٦]، فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين[٧] من غير وطء، بخلاف العقد[٨]؛ لأن الولد يتعين مقصوداً منه[٩]، فلا حاجة إلى الدعوة.

فإن جاءت بعد ذلك[١٠] بولد ثبت نسبه بغير إقرار معناه[١١] بعد اعتراف منه بالولد الأول؛ لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصودا منها، فصارت[١٢] فراشًا[١٣] كالمعقودة بعد النكاح إلا أنه إذا نفاه ينتفى بقوله[١٤]؛

---

(١١) الأمة.

(١٢) المولى.

(١) أي بالولد.

(٢) المولى.

(٣) قوله: "بالعقد [نكاح]" أي بالنكاح الذي هو مفض إلى الوطئ. (ع)

(٤) النسب.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "لوجود المانع عنه" أي عن طلب الولد، وهو سقوط التقوم عند الإمام، ونقصان القيمة عندهما، أو عدم نجابة أولاد الإماء عندهم. (عناية)

(٧) فإنه لا يثبت النسب فيه بغير دعوة.

(٨) النكاح.

(٩) النكاح.

(١٠) هذا لفظ القدوري. (عيني) أي بعد الاعتراف بالولد الأول وصيرورة الأمة أم ولد.

(١١) أي معنى كلام القدوري. (عيني)

(١٢) أم الولد.

(١٣) فلا حاجة إلى الدعوى.

لأن فراشها(١) ضعيف حتى يملك(٢) نقله بالتزويج(٣)، بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه(٤) إلا باللعان؛ لتأكد الفراش حتى لا يَملك(٥) إبطالَه بالتزويج، وهذا الذى(٦) ذكرناه حكمٌ.

فأما الديانة: فإن كان وطئها وحَصّنها، ولم يعزل عنها، يلزمه أن يَعترف به ويدعى؛ لأن الظاهر أن الولد منه، وإن عزل عنها، أو لم يحصّنها جاز له أن ينفيه؛ لأن هذا الظاهر(٧) يقابله ظاهر آخر، هكذا(٨) روى عن أبى حنيفة، وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف، وعن محمد(٩) ذكرناهما

---

(١٤) قوله: "ينتفى [أى الولد الثانى] بقوله" أى من غير لعان ما لم يقضِ القاضى به، أو لم تتطاول المدة، فأما بعد قضاء القاضى: فقد لزمه به على وجه لا يملك إبطاله، وكذلك بعد التطاول؛ لأنه يوجد دليل الإقرار فى هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه، وذلك كالتصريح بالإقرار، واختلافهم فى مدة التطاول قد سبق فى اللعان. (عناية)

(١) أم الولد.

(٢) المولى.

(٣) مع الأجنبى.

(٤) الزوج.

(٥) الزوج.

(٦) قوله: "وهذا الذى ذكرنا" أى عدم ثبوت نسب ولد الأمة بدون الدعوى حكم أى قضاء القاضى، فأما الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان وطئها وحصنها، والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزناء، ولم يعزل عنها، والعزل أن يطأها، ولا ينزل موضع المجامعة يلزمه إلخ. (عينى وعناية)

(٧) قوله: "لأن هذا الظاهر" وهو أن الولد منه عند التحصين، وعدم العزل يقابله أى أى يعارضه ظاهر آخر، وهو العزل، أو ترك التحصين، فيتعارض الظاهران، فوقع الشك والاحتمال فى كون الولد من المولى، فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال، فجاز نفيه. (عينى)

(٨) قوله: "هكذا" أى لزوم الدعوة فى الصورة الأولى، وجواز النفى فى الصورة الثانية. (عينى)

(٩) قوله: "عن أبى يوسف وعن محمد" قيل: فائدة تكرار عن دفع وهم من توهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما، فإنه ليس كذلك، وإنما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر. فأما رواية أبى يوسف: فهى أنه إذا وطئها، ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد، فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل، حصّنها أو لم يحصّنها؛ تحسينًا للظن بها، وحملا لأمرها على الصلاح ما لم يتبيّن خلافه. وأما رواية محمد: فهى أنه لا

في "كفاية المنتهى".

وإن زوّجها[1] فجاءت بولد، فهو[2] في حكم أمّه[3]؛ لأن حق الحرية يَسري إلى الولد كالتدبير[4] ألا يرى أن ولد الحرة حرّ، وولد القنة رقيق. والنسب يثبت من الزوج؛ لأن الفراش له، و إن[5] كان النكاح فاسدًا؛ إذ الفاسد ملحق بالصحيح[6] في حق الأحكام، ولو ادعاه المولى[7] لا يثبت نسبه منه؛ لأنه ثابت النسب من غيره[8]، ويعتق الولد، ويصير أمه أم ولد له لإقراره[9]. وإذا مات المولى عتقت من جميع المال؛ لحديث سعيد ابن المسيب[10]: «أن النبي عليه السلام أمر

ينبغي أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد، ويستمتع بها، ويعتقها بعد موته؛ لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعًا، فيحتاط من الجانبين، وذلك في أن لا يدعي النسب، ولكن يعتق الولد، ويعتقها بعد موته؛ لاحتمال أن يكون منه. (عناية)

(١) أم الولد.

(٢) الولد.

(٣) قوله: "فهو في حكم أمه" يعني إذا مات المولى، يعتقان من جميع المال. (عيني)

(٤) فإن ولد المدبرة مدبر.

(٥) متصلة.

(٦) قوله: "ملحق بالصحيح" أي بالنكاح الصحيح في حق الأحكام مثل ثبوت النسب، ووجوب المهر والعدة، لكن بعد الدخول؛ لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول؛ لكونه واجب الرفع، فإذا دخل بها، يكون له شبهة الصحيح، فيلحق به في الأحكام. (عيني)

(٧) قوله: "ولو ادعاه [الولد] المولى" معناه إذا زوج المولى أمته، فولدت، فادعاه المولى لا يثبت نسبه إلخ، وإنما فسرنا كلامه بذلك؛ ليستقيم قوله: وتصير أمه أم ولد له؛ لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة، فلا يستقيم حينئذٍ قوله: وتصير أمه أم الولد. (عناية)

(٨) أي الزوج.

(٩) قوله: "لإقراره" ومجرد الإقرار بالاستيلاد كافٍ لثبوته. (عناية)

(١٠) قوله: "لحديث سعيد إلخ" هذا حديث غريب، وأخرج الدارقطني عن سعيد بن المسيّب أن عمر رضي الله عنه أعتق أمهات الأولاد، وقال: أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

بعتق أمهات الأولاد[1] وأن لا يُبعن فى دينٍ ولا يُجْعلن من الثلث» *، ولأن الحاجة إلى الولد أصلية[2]، فتقدم على حق الورثةِ والدينِ كالتكفين، بخلاف التدبير[3]؛ لأنه[4] وصية بما هو من زوائد الحوائج.

ولا سعاية عليها[5] فى دين المولى للغرماء؛ لما روينا[6]، ولأنها[7] ليست بمالٍ متقوم، حتى لا تضمن بالغصب[8] عند أبى حنيفة، فلا يتعلق بها[9] حق الغرماء كالقصاص[10]، بخلاف المدبر[11]؛ لأنه مال متقوم.

وأخرج الدارقطنى أيضاً عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر له: أن النبى ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حياً فإذا مات فهى حرة». (عينى)

(١) قوله: "أمر بعتق إلخ" ومعنى قوله: أمر حكم لا الأمر المصطلح، فإنهن يعتقن بعد الموت، كما تقدم، وإنما تكرر الدين نفياً للسعاية للغرماء والورثة، ولا يجعلن من الثلث تأكيد؛ لأنه فهم ذلك من قوله: «وأن لا يبعن فى دين». (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٢ ص٨٧. (نعيم)

(٢) قوله: "أصلية" لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله، كما أنه يحتاج إلى إبقاء نفسه، وكل ما كان عن الحوائج الأصلية تقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز. (عناية)

(٣) ولهذا لا يقوم.

(٤) العتق.

(٥) أم الولد.

(٦) قوله: "لما روينا" يعنى حديث سعيد بن المسيب، ووجه ذلك أنه لما قال: «ولا يبعن فى دين» دل على انتفاء المالية، وإذا عدمت ماليتها لم يبقَ عليها سعاية. (عناية)

(٧) أم الولد.

(٨) قوله: "حتى تضمن إلخ" أى لو غصبها رجل، وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبى حنيفة؛ لأن ماليتها غير متقومة عنده. (عناية)

(٩) أم الولد.

(١٠) قوله: "كالقصاص" فإن من له القصاص إذا مات، وهو مديون، ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم، ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم؛ لأن القصاص ليس بمال متقوم، حتى يأخذوا بمقابلته مالا متقوماً. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف المدبر" فإنه إذا مات عند الغاصب، فهو ضامن بقيمته؛ لأن المدبر متقوم بالإجماع. (عينى)

وإذا أسلمت أم ولد النصراني، فعليها أن تسعى(١) في قيمتها(٢)، وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية. وقال زفر: تعتق في الحال، والسعاية دين عليها، وهذا الخلاف فيما إذا عُرِضَ على المولى الإسلامُ فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. له(٣) أن إزالة الذل عنها بعد ما أَسْلَمَتْ واجب، وذلك بالبيع، أو الإعتاق، وقد تعذر البيعُ(٤)، فتعين الإعتاق. ولنا أن النظر من الجانبين(٥) في جعلها مكاتبةً؛ لأنه يندفع الذل عنها؛ لصيرورتها حرة يداً، والضررُ عن الذمي(٦) لانبعاثهم على الكسب نيلا؛ لشرف الحرية، فيصل الذمي إلى بدل ملكه.

أما لو أعتقت وهي(٧) مفلسة تتوانَى(٨) في الكسب(٩)، ومالية أم الولد(١٠) يَعتقدها الذمي متقومة، فيترك و(١١) ما يعتقده، ولأنها(١٢) إن

---

(١) قوله: "فعليها أن تسعى إلخ" واستشكل القول: بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم؛ إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها، وقوله: ومالية أم الولد إلخ جواب عن هذا الإشكال. (عناية)

(٢) وهي ثلث قيمتها قنة. (عناية)

(٣) أي لزفر. (عيني)

(٤) لأن أم ولد لا يجوز بيعها. (عيني)

(٥) أي أم الولد والنصراني.

(٦) النصراني.

(٧) الواو حالية.

(٨) تتكاسل.

(٩) وفيه الضرر على النصراني.

(١٠) قوله: "ومالية إلخ" جواب عما يقال: كيف يسعى أم ولد النصراني؟ والسعاية في القيمة دليل التقوم، وأم الولد ليست بمتقومة عند أبي حنيفة. (عيني)

(١١) الواو بمعنى مع.

لم تكن متقومة، فهي محترمة، وهذا[1] يكفي لوجوب الضمان، كما في القصاص المشترك[2] إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين.

ولو مات مولاها[3] عتقت بلا سعاية؛ لأنها أم ولد[4]، ولو عجزت[5] في حياته[6]، لا ترد قنة؛ لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتَبة؛ لقيام الموجب[7]. ومن استولد أمةَ غيره بنكاح، ثم مَلَكَهَا صارت أم ولد له، وقال الشافعي: لا تصير أم ولد له، ولو استولدها بملك يمين، ثم استحقت، ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا، وله[8] فيه قولان، وهو ولد المغرور[9]. له[10] أنها علقت برقيقٍ، فلا تكون أم ولد له[11]، كما إذا علقت[12] من الزنا، ثم ملكها الزاني[13]، وهذا لأن أموميةَ الولد باعتبار

(١٢) أي لأن مالية أم الولد. (عناية)

(١) أي الاحترام.

(٢) قوله: "كما في القصاص المشترك" يعني كما إذا كان القصاص مشتركا بين جماعة، وعفا أحدهم يجب المال للباقيين، وإن لم يكن القصاص مالا متقومًا، لكنه حق محترم، فجاز أن يكون موجبًا للضمان؛ لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم. (عناية)

(٣) وهو النصراني. (عناية)

(٤) وليس عليها سعاية. (عيني)

(٥) أي أم الولد المسلمة.

(٦) المولى.

(٧) الكتابة، و هو إسلامها مع كفر مولاها. (ع)

(٨) قوله: "وله" أي للشافعي فيه قولان: في قول: تصير أم ولد له، وفي قول: لا تصير. (عيني)

(٩) قوله: "وهو ولد المغرور" من يطأ امرأة متعمدا على ملك يمين، أو نكاح، فتلد منه، ثم تستحق، ولده حر بالقيمة يوم الخصومة. (عيني)

(١٠) أي أمة الغير.

(١١) أي لمن علقت منه.

(١٢) أمة الغير.

(١٣) لا تصير أم ولد له.

علوق الولد حراً؛ لأنه جزء الأم في تلك الحالة[١]، والجزء لا يخالف الكل[٢]. ولنا أن السبب[٣] هو الجزئية على ما ذكرنا من قبلُ، والجزئية إنما تثبت بينهما[٤] بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا، وقد ثبت النسب[٥]، فيثبت الجزئية[٦] بهذه الواسطة، بخلاف الزنا[٧]؛ لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني، وإنما يعتق[٨] على الزاني إذا ملكه؛ لأنه جزءه حقيقة بغير واسطة[٩]، نظيره مَن اشترى أخاه[١٠] من الزنا لا يعتق عليه؛ لأنه[١١] ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد، وهي[١٢] غير ثابتة.

---

(١) أى فى حالة العلوق. (عناية)

(٢) قوله: "والجزء لا يخالف إلخ" وفى صورة النزاع ليس كذلك؛ لأن الأم رقيقة لمولاها فى تلك الحالة، فلو انعلق الولد حراً، كان الجزء مخالفاً للكل. (عناية)

(٣) قوله: "ولنا أن السبب" أى سبب الاستيلاد، وهو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل فى أول الباب حيث قال: ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة. (عناية)

(٤) الوالدين.

(٥) أى ههنا بالنكاح.

(٦) وإذا ثبت الجزئية، ثبت أمومية الولد.

(٧) قوله: "بخلاف الزناء" جواب عن قوله: كما إذا علقت بالزنا؛ لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزانى، فلا تثبت الجزئية المعتبرة فى الباب، وهو الجزئية الحكمية، فلا تثبت أمومية الولد. (ع)

(٨) قوله: "وإنما يعتق [الولد] إلخ" أى فإن قيل: لما لم يثبت النسب من الزانى، فلم يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملك أجاب عنه بقوله: وإنما يعتق إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "بغير واسطة" بخلاف أمومية الولد، فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد، والنسبة عن الزانى منقطعة، فكانت أمومية الولد بالزنا، نظيره من إلخ. (عناية)

(١٠) قوله: "أخاه" والمراد بالأخ الأخ لأب، وأما الأخ لأم، فإنه يعتق إذا ملكه، وإن كان من الزنا؛ لأن النسبة بينهما ثابتة. (عناية)

(١١) أى الأخ.

(١٢) أى النسبة إلى الوالد.

وإذا وطئ جارية ابنه، فجاءت بولد، فادعاه[١] ثبت نسبه منه[٢]، وصارت أم ولد له، وعليه قيمتها[٣]، وليس عليه عقرها[٤]، ولا قيمة ولدها، وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح[٥] من هذا الكتاب، وإنما لا يضمن قيمة الولد؛ لأنه انعلق حرّ الأصل؛ لاستناد الملك[٦] إلى ما قبل الاستيلاد.

وإن وطئ أب الأب[٧] مع بقاء الأب لم يثبت النسب؛ لأنه لا ولاية للجد حال بقاء الأب، ولو كان الأب ميتًا يثبت[٨] من الجد، كما يثبت نسبه من الأب؛ لظهور ولايته[٩] عند فقد الأب، و كفرُ الأب[١٠] ورقُّه بمنزلة موته؛ لأنه قاطع للولاية.

وإذا كانت الجارية بين شريكين، فجاءت بولد، فادعاه أحدهما[١١] ثبت نسبه منه؛ لأنه لما ثبتَ النَسب في نصفه لمصادفته ملكَه ثبت في الباقي

(١) الواطئ.

(٢) الواطئ.

(٣) للابن.

(٤) قوله: "عقرها" أراد بالعقر مهر المثل، وفي "المحيط": العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالاً.

(٥) في آخر باب نكاح الرقيق.

(٦) قوله: "لاستناد الملك إلخ" فإن الملك انتقل إلى الأب قبيل الوطئ. (عيني)

(٧) أي جارية ابن الابن.

(٨) النسب.

(٩) الجد.

(١٠) قوله: "وكفر الأب إلخ" أي كان الأب حيًا، ولا ولاية له مثل أن يكون عبدًا، أو كافرًا، أو مجنونًا، فالولاية للجد، فيصح دعوته. (عيني)

(١١) لا تفرقة في ذلك بين الصحة والمرض. (عناية)

ضرورة أنه[1] لا يتجزأ؛ لما أن سببه[2] لا يتجزأ، وهو العلوق؛ إذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين، وصارت أم ولد له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما. وعند أبي حنيفة يصير نصيبه[3] أم ولد له، ثم يتملك[4] نصيبَ صاحبه؛ إذ هو قابل للملك، ويضمن[5] نصفَ عقرها؛ لأنه وطئ جارية مشتركة؛ إذ الملكُ يثبت حكمًا للاستيلاد، فيتعقبه الملكُ[6] في نصيب صاحبه، بخلاف الأب[7] إذا استولد جاريةَ ابنه؛ لأن الملك هنالك يثبت شرطًا للاستيلاد، فيتقدمه[8]، فصار[9] واطئًا ملك نفسه.

ولا يغرم[10] قيمة ولدها؛ لأن النسب[11] يثبت[12] مستندًا إلى وقت

---

(١) النسب.

(٢) النسب.

(٣) أي المدعى.

(٤) المدعى بأداء نصف قيمتها يوم وطئها. (عيني)

(٥) المدعى.

(٦) قوله: "فيتعقبه الملك" قال الإنزارى" الضمير المنصوب راجع إلى الوطئ، لا إلى الاستيلاد أى يثبت الملك عقيب الوطئ، وهذا لأن الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد، بل يثبت معه من وقت العلوق، والعلوق بعد الوطئ، فيكون الملك بعد الوطئ، فيكون الوطئ مضافًا إلى نصيب شريكه أيضًا. (عيني)

(٧) قوله: "بخلاف الأب إلخ" وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث إن ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق، وذلك يكفي للاستيلاد؛ فيجعل تملك نصيب صاحبه حكمًا للاستيلاد، فيكون الوطئ واقعًا في غير ملكه، وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة، فيجب العقر.
وأما الأب: فلم يكن له ملك في الجارية، وقد استولدها، فيجعل ملكه فيها شرطًا للاستيلاد في ملكه حملا لأمره على الصلاح، فيكون الوطئ في ملكه فيه لا يوجب العقر. (عناية)

(٨) الملك.

(٩) الأب.

(١٠) المدعى.

(١١) أي نسب الولد.

العلوق، فلم ينعلق(١) شيء منه(٢) على ملك الشريك.

وإن(٣) ادعياه(٤) معًا ثبت نسبه منهما معناه(٥) إذا حملت على ملكهما. وقال الشافعي: يُرجَع إلى قول القافة(٦)؛ لأن إثبات النسب من شخصين -مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائين(٧)- متعذرٌ، فعملنا بالشبه، وقد سرّ رسول الله عليه السّلام(٨) بقول القائف في أسامة*.

ولنا كتاب عمر إلى شُرَيح(٩) في هذه الحادثة(١٠) لَبَّسَا(١١)، فلبس

---

(١٢) من المدعي.

(١) قوله: "فلم ينعلق إلخ" لأنه لما علق انعلق حر الأصل؛ لأن نصفه انعلق على ملكه، وأنه يمنع ثبوت الرق فيه. (عيني)

(٢) الولد.

(٣) هذا لفظ القدوري.

(٤) الشريكان.

(٥) قوله: "معناه [أي معنى قول القدوري: يثبت نسبه منهما إذا حملت إلخ] إذا حملت على ملكهما" وإنما قيد بذلك؛ لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحًا، ثم اشتراها هو، وآخر فهي أم ولد له؛ لأن نصيبه منها صار أم ولد له، والاستيلاد لا يتجزأ، فيثبت في نصيب شريكه أيضًا. (عناية)

(٦) قوله: "إلى قول القافة" وهي جمع القائف كالباعة جمع البائع، وهو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء، من قاف أثره إذا اتبعه، والقيافة في بني مدلج. (عناية)

(٧) أي من محلين. (عناية)

(٨) قوله: "وقد سر رسول الله إلخ" أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: "دخل على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذات يوم مسرورًا، فقال: يا عائشة! أتدري أن محرز المدلجي دخل علي وعندي أسامة بن زيد وزيد، عليهما قطيفة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: هذه أقدام بعضها من بعض". قال أبو داود: وكان أسامة أسود، وكان زيد أبيض، وقال الشافعي: لو كان العمل بالشبه باطلا لما سرّ به رسول الله ﷺ؛ لأنه عليه السلام لا يسرّ إلا للحق. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٣ ص٨٨. (نعيم)

(٩) قوله: "كتاب عمر إلخ" الحديث رواه البيهقي بما حاصله أن رجلين وطئا جارية في شهر واحد، فجاءت بغلام، فارتفعا إلى عمر رضي الله عنه، فجعله عمر لهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وليست في رواية البيهقي قصة كتاب عمر، كذا قال العيني.

عليهما، ولو بَينا لبيِّن لهما، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقى منهما[١]، وكان ذلك[٢] بمحضر من الصحابة*، وعن على مثل ذلك[٣]. ولأنهما[٤] استويا فى سبب الاستحقاق[٥]، فيستويان فيه، والنسبُ وإن كان لا يتجزأ، ولكن يتعلق أحكام متجزأة[٦]، فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما[٧] على التجزئة، وما لا يقبلها[٨] يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأنْ ليس معه غيره إلا إذا كان أحد الشريكين[٩] أبًا لآخر، أو كان أحدهما مسلما، والآخر ذميًّا[١٠]؛ لوجود المرجّح فى حق

---

(١٠) قوله: "فى هذه الحادثة" وهى التى كانت فيها دعوى الشريكين معًا الولد الذى ولدته الجارية المشتركة بينهما. (عينى)

(١١) الشريكان.

(١) قوله: "وهو للباقى منهما" أى الولد يكون للأب الباقى من الأبوين اللذين كان إذا مات أحدهما يكون كل الميراث للأب الحى، دون أن يكون نصفه لورثة الأب الميت. (عناية)

(٢) أى حكم عمر.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩١، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٤ ص٨٨. (نعيم)

(٣) قوله: "وعن على مثل ذلك" أى مثل ما روى عن عمر رضى الله عنه، وأخرجه الطحاوى فى "شرح الآثار" عن مولى لابن مخزوم قال: وقع رجلان على جارية فى طهر واحد، فعلقت الجارية، فلم يدر من أيهما هو، فأتيا عليا رضى الله عنه، فقال: هو لكما يرثكما، وترثانه، وهو للباقى منكما. (عينى)

(٤) الشريكين.

(٥) يعنى الملك، وقيل: الدعوة. (عناية)

(٦) قوله: "أحكام متجزأة [كالميراث]" كالنفقة، وميراث الولد، وولاية التصرف فى ماله. (عينى)

(٧) الشريكين.

(٨) التجزئة كالنسب، وولاية الإنكاح.

(٩) قوله: "إلا إذا كان إلخ" استثناء من قوله: وما لا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا، وصورته أن أحد الشريكين أب للآخر، فادعيا معا ولد جارية مشتركة بينهما، يكون الأب أولى لوجود الترجيح، وعلى الأب نصف قيمة الجارية، وعلى كل واحد نصف العقر، فيتقاصان. (عينى)

(١٠) فادعياه، فالمسلم أولى. (عينى)

المسلم، وهو الإسلام، وفي حق الأب، وهو ما له[١] من الحق في نصيب الابن. وسرورُ النبي عليه السّلام[٢] فيما رُوي؛ لأن الكفار كانوا يَطْعنُوْن في نسب أسامة، وكان قول القائف مقطعًا لطعنهم، فسر به.

وكانت الأمة أم ولد لهما[٣]؛ لصحة دعوة كل واحد منهما[٤] في نصيبه في الولد، فيصير نصيبه منها[٥] أم ولد تبعًا لولدها.

وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصًا بما له على الآخَرِ، ويرث الابنُ من كل واحد منهما ميراث ابن كامل؛ لأنه أقر له بميراثه كلِّه، وهو[٦] حجة في حقه، ويرثان[٧] منه ميراثَ أبٍ واحدٍ؛ لاستواءهما في السبب، كما إذا أقاما البينة[٨]. وإذا وطئ المولى جاريةَ مكاتبه، فجاءت بولد، فادعاه، فإن صدّقه المكاتب، ثبت نسب الولد منه[٩]، وعن أبي يوسف:

(١) أي للأب بقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك».

(٢) جواب عن قوله: وقد سر رسول الله ﷺ. (عيني)

(٣) قوله: "أم ولد لهما" يعني يخدم كل واحد منهما يومًا، كما كانت تفعله قبل ذلك؛ لأنه لا تأثير للاستيلاد في إبطال ملك الخدمة، وإذا مات أحدهما عتقت، ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق؛ لوجود الرضا منهما بعتقها عند الموت، ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة، وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما. ولو أعتقها أحدهما حال حياته عتقت، ولا ضمان على المعتق لشريكه، ولا سعاية في قول أبي حنيفةرح وعندهما يضمن المعتق نصف قيمة أم ولد لشريكه إن كان موسرًا، وتسعى في نصف قيمتها إن كان معسرًا. (عناية)

(٤) الشريكين.

(٥) أي من الأمة.

(٦) الإقرار.

(٧) الشريكان.

(٨) قوله: "كما إذا أقاما البينة" يعني إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك مشتركًا بينهما على السواء، فكذلك ههنا، وإذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب، كان الحكم هكذا، فكذا ههنا. (عناية)

(٩) قوله: "ثبت نسب إلخ" ولا تصير الجارية أم ولد للمولى، وإن كذبه، فلا يثبت النسب أيضًا.(ع)

أنه لا يعتبر(١) تصديقه(٢) اعتباراً بالأب يدعى(٣) ولدَ جارية ابنِه .

ووجه الظاهر(٤) وهو الفرق(٥) أن المولى لا يَملك التصرف(٦) فى أكساب مكاتَبه حتى لا يتملكه(٧)، والأب يملك تملكه(٨)، فلا معتبر بتصديق الابن . وعليه عقرها(٩)؛ لأنه لا يتقدمه(١٠) الملك؛ لأن ما له من الحق(١١) كافٍ لصحة الاستيلاد(١٢)؛ لما نذكره، وقيمةُ ولدها؛ لأنه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا، وهو أنه(١٣) كسبُ كسبِه، فلم يرضَ برقّه(١٤)،

(١) قوله: "أنه لا يعتبر إلخ" بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب، كما فى الأب والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى، وجارية الابن كسب كسب الأب. (عناية)

(٢) المكاتب.

(٣) فيثبت النسب، ولا يعتبر تصديق الابن.

(٤) أى ظاهر الرواية.

(٥) قوله: "وهو الفرق" بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق، وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق. (عناية)

(٦) قوله: "لا يملك التصرف إلخ" بحجره على نفسه، ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة، والدعوة تصرف، فلا يملكها المولى إلا بتصديقه. (عناية)

(٧) أى كسب المكاتب عند الحاجة. (عينى)

(٨) قوله: "والأب يملك تملكه" أى تملك مال ابنه؛ لأنه لم يحجر على نفسه. (عينى)

(٩) قوله: "وعليه عقرها" أى على المولى عقر جارية المكاتب. (عناية)

(١٠) أى وطئ المولى.

(١١) أى حق الملك.

(١٢) قوله: "كاف لصحة الاستيلاد" فكان الوطئ واقعًا فى غير الملك، وهو يستلزم الحد، أو العقر، وقد سقط الأوّل بالشبهة، فتعين الثانى.
وقوله: "لما نذكره" أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب، والمراد بقوله: لصحة الاستيلاد لصحة طلب نسب الولد، وليس المراد كونها أم ولد له، فإن المصنف صرح فيما سيأتى أنه لا تصير الجارية أم ولد له، كذا فى "العناية".

(١٣) قوله: "وهو أنه" قيل: أى الولد يعنى أن الولد حصل له من كسب كسبه، فإن المكاتب كسبه، وجارية المكاتب كسب كسبه، وفيه نوع تكلف، ويجوز أن يكون أنه أى الجارية كسب كسبه، وذكر الضمير

فيكون حرًا بالقيمة ثابتَ النسب منه.

ولا تَصير الجارية أم ولد له؛ لأنه لا ملك له فيها حقيقة، كما في ولد المغرور[١]، وإن كذبه المكاتَب في النسب لم يثبت[٢]؛ لما بينا أنه لا بد من تصديقه، فلو ملكه[٣] يومًا ثبت نسبه منه؛ لقيام الموجِبِ، وزوال حقّ المكاتَب؛ إذ هو المانع.

نظرًا إلى الخبر، وهو كسب. (عناية)

(١٤) الولد.

(١) قوله: "كما في ولد المغرور" التقدير كما في أم ولد المغرور، أي كما أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور؛ لعدم الملك فيها. (عناية)

(٢) النسب.

(٣) قوله: "فلو ملكه" أي ولد الجارية الوالد الذي ادعاه، وكذبه المكاتب يومًا من الدهر، ثبت نسبه منه؛ لقيام الموجب، وهو الإقرار بالاستيلاد، وزوال المانع، وهو حق المكاتب. (عناية)

فهرس الموضوعات